

Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft

Dissertation

von

Hans-Joachim Vits

1963

Die gewillkürte Vertretung der Erben in einer Personenhandelsgesellschaft

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster**

vorgelegt von Hans-Joachim Vits

aus Berlin

1964

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Brox

Dekan: Prof. Dr. Schelsky

Tag der mündlichen Prüfung: 27. 7. 1963

Inhaltsverzeichnis

	<u>Seite</u>
§ 1 Einführung	1
I. Die gesetzliche Regelung beim Tode eines Gesellschafters einer Personenhandels- gesellschaft	1
1. Auflösung der Gesellschaft	1
2. Fortsetzung der Gesell- schaft	1
II. Die wirtschaftliche Bedeutung der Fortsetzung der Personen- handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters	2
1. Vorteile der Fortsetzung	2
2. Nachteile der Fortsetzung	3
III. Möglichkeiten, die fachmänni- sche und bewegliche Unterneh- mensleitung bei der Fortsetzung der Personenhandelsgesellschaft mit den Erben zu gewährleisten	3
1. Nur ein Erbe wird Gesell- schafter	4
2. Erleichterung des Aus- scheidens von Erben	5
3. Unzulässigkeit der Testa- mentsvollstreckung	5
a) Testamentsvollstrek- kung bei persönlich haftenden Gesellschaf- tern	6
b) Testamentsvollstrek- kung bei Kommandi- tisten	11

	<u>Seite</u>
4. Treuhand	12
5. Unterbeteiligung	14
6. Die Vertreterklausel	15
a) Abgrenzung der Vertreterklausel von der gesetzlichen Vertretung	16
b) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Vertretung einer Erbengemeinschaft	17
c) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Treuhand	17
d) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Legitimationszession	18
e) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Unterbeteiligung	18
§ 2 Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der OHG	20
I. Zulässigkeit	20
1. Innenverhältnis und Privatautonomie	20
2. Beschränkung der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel durch ausdrückliche und zwingende gesellschaftsrechtliche Verbotsnormen im HGB	20
3. Beschränkung der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel durch sonstige zwingende Rechtsnormen	21
a) Der Erbe ist von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen	23

III.

	<u>Seite</u>
aa) Das Erfordernis der Zustimmung des Erben zur Vertreterklausel	24
bb) Die infrage kommenden Beschränkungsnormen	25
cc) § 138 BGB als Schranke der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel	25
dd) Der Treuegedanke als Beschränkung der Privatautonomie	30
b) Der Erbe tritt in die mit allen Rechten und Pflichten ausgestattete Mitgliedschaft ein	33
aa) Vertreterklausel und Geschäftsführungsbefugnis	34
bb) Vertreterklausel und Vertretungsmacht	35
c) Der Erbe hat weder Stimmrecht noch Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht	39
II. Wirksamkeitsvoraussetzung und Ausgestaltungsmöglichkeiten der Vertreterklausel	41
1. Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag	41
2. Die Vertreterklausel in letztwilligen Verfügungen	43
3. Modalitäten der Vertreterklausel in letztwilligen Verfügungen	44
a) Verpflichtung der Erben, sich vertreten zu lassen durch letztwillige Verfügung	44
aa) Auflage	46

	<u>Seite</u>
bb) Bedingung	48
b) Sonstige die Vertreter- klausel betreffende letzt- willige Anordnungen	49
aa) Anordnung, eine be- stimmte Person zu bevollmächtigen	50
bb) Anordnung, der Er- schwerung des Wider- rufs	51
4. Modalitäten der Vertreter- klausel im Vertrag der Erben untereinander	53
III. Die einzelnen sich aus der Ver- treterklausel ergebenden Rechts- beziehungen	54
1. Rechtsbeziehungen der Erben untereinander	54
2. Die Rechtsstellung des Ver- treeters gegenüber dem Erben	55
a) Zur Person des Ver- treeters	55
aa) Der Gesellschafts- vertrag enthält eine die Person des Ver- treeters betreffende Regelung	55
bb) Der OHG Gesellschafts- vertrag enthält keine die Person des Vertre- ters betreffende Rege- lung	57
b) Bestellung des Vertre- ters	59
aa) Vorschriften im OHG- Gesellschaftsvertrag	59
bb) der OHG-Gesell- schaftsvertrag ent- hält keine Bestimmun- gen	59
cc) Unwirksamkeit der Bestellung	61

	<u>Seite</u>
c) Weisungsgebundenheit des Vertreters	62
aa) Der Vertreter ist selbst Erbe	62
bb) Der Vertreter ist selbst nicht Erbe	63
cc) Die Erben haben mit dem Vertreter nichts vereinbart	63
d) Haftung des Vertreters	64
e) Abberufung des Vertreters	64
aa) Abberufungsvorschriften im OHG-Gesellschaftsvertrag	65
bb) Abberufungsabmachungen zwischen Erben und Vertreter	66
cc) Es sind keine Abberufungsvereinbarungen getroffen	66
3. Die Rechtsstellung des Vertreters gegenüber der OHG	67
4. Die Rechtsstellung der OHG gegenüber den Gesellschaftererben im Hinblick auf die Vertreterklausel	68
a) Allgemeines	68
b) Anspruch der OHG auf Bestellung des Vertreters	69
c) Haftung der Gesellschaftererben für den Vertreter gegenüber der OHG	71
d) Anspruch der OHG auf Abberufung des Vertreters	71
§ 3 Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag einer KG	72

	<u>Seite</u>
I. Einleitung	72
II. Die Vertreterklausel und der Komplementar	72
III. Die Vertreterklausel und der Kommanditist	73
1. Die Rechtsstellung des Kommanditisten	73
2. Die Zulässigkeit der Vertreterklausel im Hinblick auf den Kommanditisten	73
3. Aufnahme der Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag als Wirksamkeitsvoraussetzung	74
4. Die sich aus der Vertreterklausel ergebenden Rechtsbeziehungen	74
a) Erben untereinander	74
b) Erben zum Vertreter	75
c) Vertreter zur KG	75
d) KG zu den Erben	75
§ 4 Zusammenfassung und Ergebnis	75

Literaturverzeichnis

I. Lehrbücher und Kommentare

Achilles-Greiff, BGB-Kommentar, 21. Auflage Berlin 1958

Baumbach-Duden, HGB Kommentar, 15. Auflage München
und Berlin 1962

Düringer-Hachenburg, Das HGB, 3. Auflage Band I
Mannheim, Leipzig, Berlin 1930
Band II Mannheim, Leipzig, Berlin 1932

Enneccerus-Kipp-Coing Erbrecht, ein Lehrbuch 11. Bear-
beitung, Tübingen 1960

Erman, Walter BGB-Kommentar, 3. Auflage Münster 1962

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht
8. Auflage Berlin 1958

Hueck, Alfred, Recht der OHG 2. Auflage Berlin 1951,
zitierweise: OHG

Hueck, Alfred, Gesellschaftsrecht 10. Auflage München
und Berlin 1960

Lehmann, Heinrich, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 1959

Müller-Erzbach, Rudolf, Deutsches Handelsrecht
2/3 Auflage, Tübingen 1928

Palandt, BGB Kommentar, 22. Auflage, München und
Berlin 1963

Planck Kommentar zum BGB, 4. Auflage, Berlin und
Leipzig 1920

RGR Kommentar zum BGB
II. Band 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960
V. Band 1. und 2. Teil, 10. Auflage 1960
und 1961

Schlegelberger-Gessler HGB Kommentar, II. Band, 4. Auf-
lage, Berlin und Ff/M 1963

Schumann, Handelsrecht, Band I, Wiesbaden 1954

VIII.

Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, Stuttgart 1959

Staub's Kommentar zum HGB, I. Band, 14. Auflage, Berlin und Leipzig 1932

Staudinger, Kommentar zum BGB

Band II, 3. Teil, 11. Auflage, Berlin 1958

Band V, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1954

2. Teil, 1. Lieferung 11. Auflage,
Berlin 1956

Weipert, Otto, HGB Kommentar früher herausgegeben von Mitgliedern des RG, II. Band, 2. Auflage, Berlin 1950

II. Einzelabhandlungen, Aufsätze und Anmerkungen

Bacmeister: Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer OHG von deren Vertretung ZHR 44, 4 ff

Bergmann, Anmerkung zu OLG München in ZAkDR 1937, 761

Bondi, Felix, Anmerkung zu RGZ 132, 138, JW 1931, 3073

Buchwald, Friedrich, Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22

Ausschluß und Entziehung der Vertretungsmacht des einzelnen vertretungsberechtigten Gesellschafters einer Personengesellschaft? Betriebsberater 1961, 1342

Donner, Günther, Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB, DR 1943, 1205

Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten DNoTZ 1944, 143

Flechtheim, Julius: Die kapitalistisch ausgestaltete Personalgesellschaft, Mannheim-Berlin-Leipzig 1934

Fischer, Robert, 'Anm. zu BGH 3, 354, LM Nr. 1 zu § 105 HGB

Die unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht in der GmbH
GmbH-Rdsch, 1952, 113

Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG,
NJW 1959, 1057

v. Godin, Reinhard, Einzelfragen aus dem Recht der OHG
JR, 1948, 61

v. Godin, Reinhard, Nutzungsrecht an Unternehmen und
Unternehmensbeteiligungen 1949

Gogos, Die Geschäftsführung der OHG, Tübingen 1953

Goldschmitt, Friedrich, Die Beerbung des Einzelkaufmanns
durch mehrere Erben JW 1931, 3057

Haegele, Karl, Einzel- und Zweifelsfragen um die Testamentsvollstreckung, Der Deutsche Rechtspfleger 1956, 182

Heins, Betrachtungen zum Recht der OHG zugleich eine Besprechung des neuen Buches von Hueck
NJW 1948, 252

Holch, Georg, Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung DNotZ 1958, 282

Hueck, Alfred, Anmerkung zu OGH Brit. Zone SJZ 1948,
752

Schuldenhaftung bei Vererbung eines
Handelsgeschäfts ZHR 108, 1

Anmerkung zu BGHZ 3, 354 in JZ
1952, 115

Der gemeinschaftliche Vertreter
mehrerer Erben in einer KG ZHR
125, 1

Anmerkung zu BGHZ 13, 179 JZ 1954,
505

Johannsen, Anmerkung zu BGHZ 12, 100, LM Nr. 1 zu
§ 2216 BGB

Liebisch, Arnold, Über die Rechtsstellung des Erben eines
OHG-Gesellschafters ZHR 116, 128

Michaelis, Karl, Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-
Erben
ZakDR 1943, 233

Möhle, Die Personengesellschaft, 2. Auflage, Stuttgart 1957

Potthoff-Zintzen, Die Gesellschaftsverträge der Personengesellschafter, 2. Auflage, Köln und Opladen 1953

Richardi, Reinhard, Das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft, Berlin und Frankfurt a. M., 1961

Schilling, Wolfgang, Zur Ausübung fremder Geschäfte in eigenem Namen, Festschrift für Walter Schmidt 1959, 208

Schneider-Zartmann-Martin,
Familienunternehmen und Unternehmer-
testament, 3. Auflage, Heidelberg 1960

Siebert, Wolfgang, Zur Gestaltung der Testamentvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, Festschrift für Alfred Hueck S. 321 München u. Berlin 1959 (zitierweise: FH)

Die Nachfolge von Todes wegen in die
Mitgliedschaft einer OHG NJW 1955,
809

Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschafter, München und Berlin 1959

Sommer, Der TV im Handelsrecht DNotZ 1936, 937

Weiler, Ferdinand, Die Rechtsstellung des Testamentvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283

Weipert, Otto, Anmerkung zu BGH JR 1954, 59 in JR 1954, 60

§ 1 Einführung

I. Die gesetzliche Regelung beim Tode eines Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft

1. Auflösung der Gesellschaft

Beim Tode eines Gesellschafters einer OHG oder eines Komplementars einer KG schreibt das Gesetz als Regelfall die Auflösung der Gesellschaft vor (§ 131 Abs. 4 bei der OHG bzw. §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 4 bei der KG). ¹⁾ Hierin unterscheiden sich die Personenhandelsgesellschaften wesentlich von den Kapitalgesellschaften, bei denen der Tod eines Gesellschafters kaum von Bedeutung ist, da die Anteile des Verstorbenen ohne weiteres auf die Erben übergehen.

Daß das Gesetz in § 177 für den Tod eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft normalerweise nicht vorsieht, zeigt, daß diese Gesellschaftsform im Hinblick auf den Kommanditisten einen mehr kapitalistischen Einschlag hat.

2. Fortsetzung der Gesellschaft

Daneben ist es möglich, daß auch beim Tode eines Gesellschafters einer OHG oder eines Komplementars einer KG die Gesellschaft fortgesetzt werden kann. Durch den Gesellschaftsvertrag kann bestimmt werden, daß nach dem Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll (§ 138 für die OHG bzw. §§ 161 Abs. 2, 138 für den Komplementar einer KG). Es kann aber auch gemäß § 139, der über § 161 Abs. 2 auch für den Komplementar einer KG gilt, gesellschaftsvertraglich festgesetzt werden, daß nach dem Tod eines Gesellschafters die Ge-

1) Zitierte §§ ohne Zusatz sind solche des HGB

sellschaft mit dessen Erben fortgesetzt werden soll.

Für die vorliegende Arbeit interessiert nur dieser letzte Fall. Wie mir von Rechtsanwälten aus der Praxis bestätigt wurde, ist die Fortsetzung der Gesellschaft mit einem oder mehreren Erben heute (im Gegensatz zur Konzeption des Gesetzgebers des HGB) durchaus nicht mehr als Ausnahme, sondern vielmehr als Regelfall anzusehen.

II. Die wirtschaftliche Bedeutung der Fortsetzung der Personenhandelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters

1. Vorteile der Fortsetzung

Der Gesetzgeber ging bei der Regelung des Erbfalls wohl noch von dem typischen Handelshaus aus, in dem die Gesellschafter gestützt auf ihre Erfahrung und ihr Können mit nur wenig Kapital und einer kleinen Zahl von Angestellten ihr Gewerbe betrieben. Die Gesellschafter waren dabei so stark aufeinander angewiesen, daß es nur natürlich erschien, beim Tod eines Teilhabers die Gesellschaft aufzulösen. Die technische Entwicklung, insbesondere aber die Steuergesetzgebung, die die Gewinne einer Kapitalgesellschaft mit der Körperschafts- und der Einkommensteuer belastet, haben dazu geführt, daß es heute Personengesellschaften gibt, in denen ein großes Kapital und viele Arbeitskräfte gebunden sind. Mir sind OHG mit bis zu 1500 Arbeitskräften und einem Grundkapital bis zu 30 Mill. bekannt geworden. Im Gebiet der Bundesrepublik gab es im Jahre 1950 76.735 Betriebe mit 2.244.091 Beschäftigten, die in der Rechtsform einer OHG bzw. KG betrieben wurden ²⁾, wobei im Durchschnitt fast 30 Beschäftigte auf jeden Betrieb entfielen. Angesichts dieser Tatsache verwundert es nicht, wenn heute die Personengesellschaften beim Tode eines Gesellschafters in der Regel mit deren Erben fortgesetzt werden. Denn im Falle der Auflösung der Gesellschaft würden große wirtschaftliche Werte zerschlagen werden, auch haben die Gesell-

²⁾ Statistisches Jahrbuch 1954, 196, 197

schafter nicht selten ihre ganze Lebensarbeit in die Gesellschaft gesteckt und wollen die Früchte dieser Arbeit ihren Erben voll und ganz zugute kommen lassen.

Für die meisten Personenhandelsgesellschaften ist es deshalb heute vorteilhaft, im Falle des Todes eines Gesellschafters, dessen Erben in die Gesellschaft nachfolgen zu lassen.

2. Nachteile der Fortsetzung

Dennoch kann es bei der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben gewisse Nachteile geben. Häufen sich die Erbfälle, kann die Zahl der Gesellschafter so groß werden, daß dadurch die Geschäftsführung der Gesellschaft stark erschwert wird. Unannehmlichkeiten können der Gesellschaft auch dadurch entstehen, daß einzelne Erben, die den Gesellschaftern bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages noch gar nicht bekannt waren, für die Geschäftsführung oder, wenn sie von der Geschäftsführungsbefugnis ausgeschlossen sein sollen, für die Mitwirkung bei Gesellschafterbeschlüssen ungeeignet sind. Auch in diesem Fall sind die Gesellschafter daran interessiert, daß die bewegliche und fachmännische Verwaltung der Gesellschaft gewährleistet bleibt. Dies wird im allgemeinen auch im Interesse der Erben selbst von Vorteil sein. Denn für die Erhaltung großer und komplizierter Unternehmen ist es unbedingt notwendig, daß die Leitung in den Händen versierter und qualifizierter Leute liegt. Diese dürfen im Interesse des Unternehmenserfolges bei der Durchführung ihrer Aufgaben nicht durch eine zu große Gesellschafterzahl oder durch einen oder mehrere unqualifizierte Gesellschaftererben behindert werden.

III. Möglichkeiten, die fachmännische und bewegliche Unternehmensleitung bei der Fortsetzung der Personenhandelsgesellschaft mit den Erben zu gewährleisten

Die Gesellschafter können den aufgezeigten Nachteilen durch entsprechende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag begegnen. Die Möglichkeiten, die sich ihnen dafür bieten, sind aber beschränkt

und führen, wie sich zeigen wird, nicht unbedingt zu dem von den Gesellschaftern gewollten Erfolg.

1. Nur ein Erbe wird Gesellschafter

Der Behinderung durch eine zu große Zahl von Gesellschaftererben kann der Gesellschaftsvertrag dadurch vorbeugen, daß er vorschreibt, daß immer nur ein Erbe Gesellschafter werden soll. In diesem Fall würde in die Gesellschafterstellung des Erblassers nur ein Gesellschafter nachrücken. Die Gesellschafterzahl würde sich nicht vermehren; eine Behinderung der Geschäftsführung durch eine zu große Gesellschafterzahl kann dann nicht auftreten.

Dennoch kann diese Lösung für die Gesellschaft erhebliche Nachteile mit sich bringen.

Der Fall ist nicht selten, daß andere Erben abgefunden werden müssen und der Erblasser außerhalb seiner Gesellschaftsbeteiligung kein wesentliches Vermögen hatte. Dann wird der in die Gesellschaft eintretende Erbe in der Regel gezwungen sein, mit der Abfindung der anderen Erben seine Gesellschaftsbeteiligung zu belasten. Dies kann je nach der Höhe der Beteiligung und der Größe der Gesellschaft zu einer so erheblichen finanziellen Belastung der Gesellschaft führen, daß die Gesellschaft bei schlechter Liquiditätslage in finanzielle Schwierigkeiten gebracht werden kann.

Es kann auch sein, daß der in die Gesellschaft eintretende Erbe für die Betätigung in der Gesellschaft nicht geeignet ist, sei es, daß die Begabung des Erben für die Anforderungen, die die Leitung eines kaufmännischen Betriebes an ihn stellt, nicht ausreicht oder sei es auch nur, daß dem an sich ausreichend begabten Erben die nötige Vorbildung fehlt. Ein solcher Erbe würde nicht in der Lage sein, die Interessen der Gesellschaft zu fördern, sein Eintritt in die Gesellschaft ist deshalb für die Gesellschaft nicht von Vorteil.

Die Gesellschaftsvertragsklausel, wonach nur jeweils ein Erbe Gesellschafter werden soll, kann deshalb in vielen Fällen nicht ohne erhebliche Nachteile für die Gesellschaft zu dem von den Gesellschaf-

tern erstreben Erfolg führen. Eine solche Klausel ist in vielen Gesellschaftsverträgen zu finden. Ihre oft erheblichen Nachteile dürfen jedoch nicht übersehen werden.

2. Erleichterung des Ausscheidens von Erben

Durch den Gesellschaftsvertrag kann auch das Ausscheiden aller Erben erleichtert werden. Die Gesellschafter finden sich aber mit Rücksicht auf ihre Erben nur selten bereit, einer solchen Regelung zuzustimmen. Sie hat daher in der Praxis kaum Bedeutung ³⁾.

3. Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung

Die Schwierigkeiten, die sich für die Personenhandelsgesellschaft ergeben, wenn die Zahl der Gesellschaftererben zu groß ist, oder die Erben für die Mitwirkung in der Gesellschaft nicht oder zumindest zeitweise nicht geeignet sind, können allerdings nicht dadurch beseitigt werden, daß sich die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag verpflichten die Beteiligung an der Gesellschaft im Erbfolge der Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) zu unterstellen.

Zwar könnte man meinen, die Testamentsvollstreckung (TV) sei der gegebene Ausweg aus den aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Erbfolge in die Gesellschafterstellung eines Personenhandelsgesellschafters. Wenn man nämlich der richtigen Ansicht folgt, daß die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft als Ganzes, mit ihren vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Elementen, in den Nachlaß fällt ⁴⁾, dann müsste es möglich sein, daß alle aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte durch den TV wahrgenommen werden, der gem. § 2205 BGB den Nachlass zu verwalten hat. Gem. § 2211 BGB kann der Erbe selbst diese Rechte nicht wahrnehmen. So gesehen wäre es dann möglich, in der Person des TV einen fähigen

³⁾ Hueck ZHR 125, 3

⁴⁾ Siebert Festschr. f. Hueck 325; Buchwald AcP 154, 22; Sommer DNotZ 1936, 937; Weiler DNotZ 1952, 283 (287)

Mann für die Mitwirkung in der Gesellschaft zu gewinnen und andererseits den Einfluß unqualifizierter Erben oder einer zu großen Zahl von Erben in der Gesellschaft auszuschließen,

a) Testamentsvollstreckung bei persönlich haftenden Gesellschaftern

Dennoch stößt die Anordnung der TV über eine zum Nachlaß gehörende Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft auf rechtliche Schwierigkeiten. Wird nämlich der Erbe persönlich haftender Gesellschafter, etwa weil der Erblasser die Stellung eines OHG-Gesellschafters innehatte und der Erbe sein Recht, gem. § 139 Abs. I die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen, nicht ausgeübt hat, dann fragt es sich, ob wegen der im Handelsrecht für den OHG-Gesellschafter und im Erbrecht für die TV völlig verschiedenen Haftungsvorschriften die Anordnung der gesetzlichen TV überhaupt zulässig ist. Denn gesellschaftsrechtlich haftet der Erbe als persönlich haftender Gesellschafter gem. den §§ 105, 128 gegenüber den Gesellschaftsgläubigern persönlich und unbeschränkt. Das gilt beim Gesellschaftererben sowohl für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die vor dem Erbfall eingegangen wurden, als auch für die Gesellschaftsschulden, die nach dem Erbfall entstanden sind. Das ergibt sich aus § 139 Abs. IV ⁵⁾.

Erbrechtlich hat demgegenüber der Erbe bei angeordneter gesetzlicher TV gem. §§ 2206 Abs. 2, 1957 ff BGB das Recht, seine Haftung im Hinblick auf die Handlungen des TV auf den Nachlaß zu beschränken.

Wenn nun keine dieser beiden Haftungsvorschriften, der erbrechtlichen und der gesellschaftsrechtlichen, nachgiebiges Recht enthält, dann muß die Anordnung der TV, für den Fall, daß sich im Nachlaß die Mitgliedschaft in einer Personenhandelsgesellschaft befindet und der Erbe persönlich haftender Gesellschafter ist, an

⁵⁾ bestr. für die Schulden, die vor dem Eintritt des Erben in die Gesellschaft entstanden sind. Vgl. Hueck OHG 275; Schlegelberger-Gessler § 139 Anm. 56; Weipert § 139 Anm. 22; a. A. von Gierke Festschr. f. Wieland 97 ff. (98, 112)

dem Haftungsproblem scheitern.

Daß der gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundsatz zwingend ist, bedarf keiner näheren Erörterung. Es ist für die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters wesentlich, daß der betreffende Gesellschafter unbeschränkt, mit seinem gesamten Vermögen und persönlich haftet; andernfalls wäre er nicht persönlich haftender Gesellschafter, sondern etwa Kommanditist. Eine diese Tatsache ändernde Abmachung der Gesellschafter hat denn auch gem. § 128 Satz 2 gegenüber Gesellschaftsgläubigern keine Wirkung. Denn die Handlungsfreiheit der Gesellschafter innerhalb der Gesellschaft findet ihre Grenzen dort, wo der Schutz Außenstehender auf dem Spiel steht. Und der Schutz Außenstehender verlangt, daß ein als persönlich haftender im Handelsregister eingetragener Gesellschafter auch als solcher für die Gesellschaftsschulden haftet. Es ist deshalb auch unbestritten, daß der Erbe für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nach seinem Eintritt in die Gesellschaft begründet werden, als echter Gesellschafter gem. § 128 BGB haftet ⁶⁾.

Diese zwingende rechtliche Regelung trägt auch den wirtschaftlichen Bedürfnissen in vollem Umfang Rechnung, denn andernfalls würde die Personenhandelsgesellschaft wirtschaftlich stark an Bedeutung verlieren, weil die Unsicherheit Außenstehender über die Haftungsverhältnisse in der Gesellschaft die Kreditfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft stark beeinträchtigen würde.

Es fragt sich daher, ob angesichts dieser zwingenden handelsrechtlichen Haftungsbestimmungen die erbrechtlichen Haftungsbestimmungen der §§ 2206, 1957 ff BGB insoweit nachgiebigen Charakter haben, als zum Nachlass die Mitgliedschaft als persönlich haftender Gesellschafter in einer OHG gehört.

Der TV hat gem. § 2205 BGB den Nachlaß zu verwalten. Er muß also, wenn wie angenommen wurde, auch die Gesellschafterstellung zum Nachlaß gehört, diese verwalten und den Erben in der

6) Näheres dazu siehe bei Hueck OHG, 254.

Gesellschaft vertreten. Die Vertretungsmacht des TV ist aber gesetzlich beschränkt, so daß der TV Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß eingehen kann (§ 2206 Abs. 1 BGB). Das bedeutet allerdings nicht, daß der Nachlaß als Rechtssubjekt haftet, vielmehr ergibt sich aus § 2206 Abs. 2 BGB, daß der Erbe für diese Verbindlichkeiten nach erbrechtlichen Grundsätzen haftet, er seine Haftung gem. den §§ 1957 ff. aber auf den Nachlaß beschränken kann.

Obwohl also die Verbindlichkeiten, die der TV begründet, erst nach dem Erbfall entstehen, sind sie nach dem Gesetz doch lediglich als Nachlaßverbindlichkeiten anzusehen. Dieser gesetzlichen Regelung liegt der das gesamte Erbrecht durchziehende Gedanke zugrunde, daß dem Erblasser kein Recht zustehen soll, vermöge dessen er den Erben gegen dessen Willen über den Nachlaß hinaus belasten kann.

Gäbe es die Vorschrift des § 2206 BGB nicht, dann wäre es dem Erblasser in die Hand gegeben, auf dem Wege über die Anordnung der TV indirekt das Vermögen des Erben zu belasten, indem sich der Erbe nicht dagegen wehren könnte, daß der TV gegen den Willen des Erben Verbindlichkeiten kraft seines Amtes begründet, für die der Erbe mit seinem ganzen Vermögen einstehen müßte. Soweit geht aber gem. § 2206 BGB die Testierfreiheit des Erblassers nicht. Die vom Erblasser angeordnete TV ist vielmehr dazu da, die Ausführung des letzten Willens des Erblassers zu gewährleisten. Dabei kann sich die dem TV vom Erblasser übertragene Macht aber nur auf das erstrecken, was auch zu Lebzeiten des Erblassers in dessen rechtlichen Machtbereich fiel, grundsätzlich also nur auf den Nachlaß. Damit wird aber deutlich, daß der Regelung des § 2206 BGB ein Gedanke zugrunde liegt, der für das Erbrecht wesentlich ist. Er prägt sich im Recht der TV darin aus, daß wenn der Erblasser schon zur Ausführung seines letzten Willens TV anordnet, dem Erben die Möglichkeit erhalten bleiben muß, die Wirkungen dieser Anordnung auf den Nachlaß zu beschränken.

Weitergehende Folgen braucht der Erbe nicht hinzunehmen, denn der TV übt sein Amt nicht im öffentlichen Interesse aus, und ein

ausreichender Schutz gegen die Maßnahmen des TV ist ihm durch das Gesetz sonst nicht gegeben. Durch diese wesensmäßige Verknüpfung der Verfügungsmacht des Erblassers mit der des TV wird deutlich, daß es für die TV wesentlich und damit zwingend ist, daß der TV Verbindlichkeiten nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen kann und dem Erben die Möglichkeit seiner Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß gem. § 2206 BGB verbleibt ⁷⁾. Der Erbe kann aus Rechtsverhältnissen, die der TV unterliegen, ohne seinen Willen niemals persönlich in Anspruch genommen werden.

Der Schutz des Erben macht es daher erforderlich, auch die Beschränkbarkeit der Haftung gem. § 2206 BGB unbedingt als zwingende Vorschrift anzuerkennen.

Dem wird zwar entgegengehalten, daß der Erbe durch die Möglichkeit, die Stellung eines Kommanditisten zu verlangen (§ 139 Abs. 1), seine Haftungsverhältnisse selber bestimmen könne und wenn er sich nicht für die Kommanditistenstellung entschiede, dann hafte er mit seinem Willen unbeschränkt, die Vorschrift des § 2206 BGB komme dann für ihn nicht mehr infrage ⁸⁾.

Diese Ansicht verkennt aber, daß die erbrechtliche Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß und die gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung, die der Erbe durch die Ausübung seines Rechts gem. § 139 Abs. 1 erreicht, wesentlich verschieden sind.

§ 139 Abs. 1 bezweckt, den Gesellschaftererben vor der großen Härte zu schützen, die ihm das zwingende Gesellschaftsrecht bezüglich seiner Haftung bei der Ererbung einer persönlich haftenden Gesellschafterstellung auferlegt. Insbesondere in den Fällen, in denen der Erbe kein Interesse an der Geschäftsführung in der Gesellschaft hat, soll ihm nicht zugemutet werden, daß er die volle Haftung für die Verbindlichkeiten aus der Geschäftsführung seiner Mitgesellschafter übernehmen muß, sich andererseits dieser unerwünschten Folge nur durch den Austritt aus der Gesellschaft entziehen kann.

⁷⁾ Richardi 32

⁸⁾ Weiler DNotZ 1952, 294

Damit wird aber deutlich, daß der Erbe die Beschränkung, die er durch § 2206 BGB für seine Haftung erreichen kann, durch sein Recht, die Stellung eines Kommanditisten zu fordern, gar nicht verwirklichen kann. Denn auch wenn der Erbe die Kommanditistenstellung wählt, würde diese der TV unterliegen; dann könnte aber z. B. der für ihn das Stimmrecht ausübende TV mit den übrigen Gesellschaftern eine Erhöhung der Gesellschaftereinlagen beschließen. Gem. § 171 Abs. 1 müßte der Erbe dann für die Zahlung der erhöhten Einlage persönlich haften, auch wenn diese über den Nachlaß hinausginge. Da dies aber über den Rahmen des als zwingend erkannten § 2206 BGB hinausginge, schafft die Entscheidung des Erben im Sinne von § 139 Abs. 1 das Haftungsproblem nicht aus der Welt, da sich die Haftungsrahmen der Kommanditistenstellung und des § 2206 BGB nicht decken.⁹⁾

Dem Grundsatz, daß § 2206 BGB zwingendes Recht enthalte, wird weiter entgegengehalten, dies könne für den Fall, daß zum Nachlaß eine persönlich haftende Gesellschafterstellung gehöre, nicht zutreffen, da der Erbe ja die Erbschaft ausschlagen könne, und wenn er das nicht tut, müsse er eben für alle Schulden, die der TV für ihn begründe, eintreten¹⁰⁾.

Darauf muß erwidert werden, daß es in den meisten Fällen dem Sinn der angeordneten TV widersprechen würde, wenn als Schutz vor den Folgen der TV die jeweiligen Erben ihre Erbschaft ausschlugen. Denn der Erblasser will ja in der Regel durch die Anordnung der TV dem Erben die Früchte seiner Lebensarbeit zukommen lassen und sie gleichzeitig fachmännisch verwaltet sehen. Er will also gerade nicht, daß der Erbe auf die Gesellschafterstellung verzichtet.

Auch die Schadensersatzpflicht des TV gem. § 2219 BGB und die Möglichkeit seiner Abberufung durch das Nachlaßgericht können den

⁹⁾ So im Ergebnis auch Richardi 30

¹⁰⁾ Weiler aaO 296; Holch DNotZ 1958, 295; und auch BGHZ 12, 100 (103)

Erben nicht ausreichend vor seiner unbeschränkten Haftung schützen; die TV in der gesetzlich vorgesehenen Form im Hinblick auf eine zum Nachlaß gehörende Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters ist daher undurchführbar ¹¹⁾.

Denn es stehen sich in diesem Fall der zwingende gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundsatz der §§ 105, 128 und der zwingende erbrechtliche Haftungsgrundsatz des § 2206 BGB unvereinbar gegenüber; dass in diesem besonderen Fall der eine gegenüber dem anderen zurücktreten könnte, ist aus den dargelegten Gründen ausgeschlossen.

b) Testamentsvollstreckung bei Kommanditisten

Die Anordnung der TV ist nach überwiegender Meinung auch nicht mit der Stellung eines Kommanditisten vereinbar. Einmal besteht auch hier das oben aufgezeigte Haftungsproblem, nämlich dann, wenn die Einlage noch nicht in voller Höhe eingezahlt war oder wenn nachträglich eine Erhöhung der Einlage der Kommanditisten vereinbart wird. Zum anderen, das soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit nur angedeutet werden, gestattet es das Wesen der Mitgliedschaft als Kommanditist in einer Kommanditgesellschaft nicht, daß einzelne Mitgliedschaftsrechte einem Gesellschafter unwiderruflich entzogen werden ¹²⁾, so daß eine der gesetzlichen Regelung entsprechende TV auch für die Kommanditbeteiligung nicht infrage kommt ¹³⁾.

¹¹⁾ BGHZ 24, 112; 12, 100; RGZ 132, 138; und das überwiegende Schrifttum: Staudinger-Dittmann Vorbem. 65 zu § 2205; Weipert § 139 Anm. 13; Kipp-Coing 289; Bondi JW 1931, 3073; Hueck ZHR 108, 1 (30, 31); Richardi 32, 33; a. A. Weiler DNotZ 1952, 283 ff.

¹²⁾ BGHZ 3, 354 (357)

¹³⁾ RGZ 172, 199 (203) Schlegelberger-Gessler § 177 Anm. 4; Weipert § 177 Anm. 22; a. A. Donner DNotZ 1944, 143; Weiler DNotZ 1952, 238 (301, 302). Zulässig für den Fall, daß die Einlage voll geleistet ist: Kipp-Coing 290; Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 69; Haegele DRpfl 1956, 182. Diese Meinung übersieht aber, daß die Situation der noch nicht ganz geleisteten Einlage wieder auftauchen kann, wenn die Gesellschafter eine Erhöhung der Einlage mit Nachschußpflicht beschließen.

4. Treuhand

Den aufgezeigten Nachteilen bei der Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Erben eines verstorbenen Gesellschafters könnte der Erblasser schließlich dadurch begegnen, daß er im Hinblick auf die Gesellschafterstellung einen Treuhänder einsetzte, der im eigenen Namen und persönlich haftend für die Erben die Mitgliedschaft verwalten würde.

Fraglich ist bei dieser Lösung jedoch, wie sich rechtlich bewerkstelligen läßt, daß der Treuhänder Inhaber der Gesellschafterstellung eines oder mehrerer Erben wird. Es fragt sich, ob dafür die Gesellschaft aufgelöst werden muss, um alsbald mit dem Treuhänder als Gesellschafter neu gegründet zu werden; man könnte auch an eine Lösung denken, bei der die Erben, gleichsam als Veräusserer, aus der Gesellschaft ausscheiden und der Treuhänder als Erwerber durch Abschluss eines Aufnahmevertrages mit den übrigen Gesellschaftern in die Gesellschaft eintritt; schliesslich scheint es auch möglich, daß dem Treuhänder, wie beim Erbfall, unter Wahrung der Identität der Gesellschaft und der Gesellschafterstellung die Mitgliedschaft in der Gesellschaft als einheitliches Ganzes übertragen wird. Welcher dieser Lösungsmöglichkeiten der Vorzug zu geben sei, darüber herrscht in der Tat Streit ¹⁴⁾.

Da man sich jedoch im wesentlichen darin einig ist, daß es rechtlich zulässig und möglich ist, die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft treuhänderisch verwalten zu lassen, ¹⁵⁾ handelt es sich bei diesem Streit in erster Linie um ein rechtskonstruktives Problem.

Am günstigsten wäre es, wenn es möglich wäre, daß dem Treuhänder vom Erblasser oder vom Erben die Mitgliedschaft als Ganzes unter Wahrung der Identität der Gesellschaft und der Ge-

¹⁴⁾ vgl. etwa BGHZ 13, 179; Hueck OHG 257; Liebisch ZHR 116, 128 (132 Anm. 11); a. A. von Godin JR 1948, 61 (65)

¹⁵⁾ Dies ist insbesondere im Hinblick auf den TV als Treuhänder entwickelt worden.

sellschafterstellung übertragen werden könnte. Diese Lösung setzt aber voraus, daß man überhaupt anerkennt, die Mitgliedschaft als Ganzes, d. h. mit ihren vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteilen, könne mit Zustimmung aller Gesellschafter auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden. Ob man das kann, erscheint wegen den §§ 717 Abs. 1, 719 Abs. 1 BGB zweifelhaft. Man müßte anerkennen, daß die Mitgliedschaft, obwohl das Gesetz diesen Begriff nicht kennt, als eine rechtliche Einheit betrachtet werden kann, in der die vermögensrechtlichen Bestandteile (wie z. B. Entnahmerecht, Anspruch auf Gewinn), die personenrechtlichen Bestandteile (wie z. B. Recht auf Geschäftsführung, Stimmrecht und Kontrollrechte) und der Anteil am Gesellschaftsvermögen zusammengefaßt sind ¹⁶⁾. Dazu müsste man vertreten, daß das Gesetz die Übertragung einzelner in der Mitgliedschaft zusammengefaßter Elemente in den §§ 717 Abs. 1 und 719 Abs. 2 BGB nur im Interesse der Mitgesellschafter verboten hat. Haben diese aber ein Interesse an der Übertragungsmöglichkeit der ganzen Gesellschafterstellung, dann müßte die Übertragung der einzelnen in der Mitgliedschaft zusammengefaßten Elemente mit Zustimmung aller Gesellschafter auch auf Nichtgesellschafter möglich sein ¹⁷⁾.

Aber selbst wenn man diese Lösung anerkennt und somit die Verwaltung der Gesellschafterstellung der Erben durch einen Treuhänder rechtlich einfach zu bewerkstelligen wäre, so kann doch diese Lösung in der Praxis nur selten zur Beseitigung der Nachteile der Erbfolge in die Stellung eines Personenhandelsgesellschafters führen. Denn die treuhänderische Verwaltung einer Gesellschafterstellung von Erben eines Personenhandelsgesellschafters hat im Gesellschaftsrecht bisher nur deshalb Bedeutung erlangt, weil die TV wegen des Haftungsproblems (wie gezeigt wurde) bei einer zum Nachlaß gehörenden Personenhandelsgesellschafterstellung

16) dazu näher unten S. 21 ff

17) Diese praktische und m. E. richtige Lösung wird aber erst vereinzelt anerkannt. Vgl. dazu näher Richardi, 59 ff mit weiteren Nachweisen

ausgeschlossen ist. Rechtsprechung und Lehre haben daher in der Regel auf den Ausweg verwiesen, der Erblasser könne bestimmen, daß der TV als Treuhänder die Gesellschafterstellung verwalten soll ¹⁸⁾. Als Treuhänder würde für den TV das Haftungsproblem entfallen, weil der TV nach außen, im Verhältnis zu Dritten, als echter Gesellschafter persönlich und unbeschränkt haften müßte. Im Verhältnis zwischen dem TV als Treuhänder und den Erben würde auch die erbrechtliche Haftungsbeschränkung des § 2206 BGB keine Rolle spielen, weil der TV als Treuhänder nicht aufgrund seines Testamentsvollstreckeramtes die Gesellschafterstellung verwaltet.

Aber gerade weil der TV als Treuhänder persönlich und unbeschränkt haften muß, wird sich in der Praxis selten jemand zu dieser Aufgabe bereitfinden; es läßt sich schwer denken, daß jemand ein so hohes Risiko im fremden Interesse übernimmt.

Daher wird in der Praxis die treuhänderische Verwaltung der Gesellschafterstellung kaum als Lösung für die Nachteile, die bei der Erbfolge in eine Gesellschafterstellung einer Personenhandelsgesellschaft entstehen können, in Betracht kommen.

5. Unterbeteiligung

Einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg wie mit der Treuhand könnten die Gesellschafter auch dadurch erreichen, indem sie gesellschaftsvertraglich bestimmen, daß nur ein Erbe Gesellschafter werden soll und dieser den übrigen Erben entsprechend deren Erbteil Unterbeteiligungen an seinem Geschäftsanteil einzuräumen hat. Diese Lösung hat aber den Nachteil, daß dem in die Gesellschaft eintretenden Erben, gleich einem Treuhänder, ein unverhältnismäßig hohes Risiko aufgebürdet wird, das dieser u. U. zu tragen nicht bereit ist und deshalb lieber die Erbschaft ausschlägt. Sie hat weiter den Nachteil, daß u. U. kein für die Nachfolge in die Gesellschaft geeigneter Erbe vorhanden ist. Deshalb kommt auch sie in vielen Fällen als Lösung für die Nachteile,

¹⁸⁾ Vgl. etwa Kipp-Coing 290; BGHZ 3, 354 (359)

die bei der Erbfolge in eine Personenhandelsgesellschafterstellung auftreten können, nicht in Betracht.

6. Die Vertreterklausel

Die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften vereinbaren deshalb nicht selten (um den Nachteilen bei der Erbfolge zu begegnen), daß alle Erben Gesellschafter werden sollen, daß die Erben aber die Ausübung ihrer aus der Mitgliedschaft in der Gesellschaft entspringenden Rechte einem von ihnen bestellten Vertreter überlassen müssen.

Diese Bestimmung soll Hueck folgend mit Vertreterklausel bezeichnet werden ¹⁹⁾. Wenn durch sie die Haftungsvorschriften nicht wie bei der TV kollidieren würden, andererseits in der Person des Vertreters aber ein fähiger Mann für die Gesellschaft gewonnen würde, müßte sie als die gegebene Lösung der oben aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Erbfolge angesehen werden.

Die Vertreterklausel findet sich in der Praxis in Gesellschaftsverträgen der OHG sowie der KG, allerdings in erster Linie für solche Erben, die in der jeweiligen Personenhandelsgesellschaft Kommanditisten werden. Sie paßt aber auch, insofern kann Hueck nicht gefolgt werden ²⁰⁾. für solche Erben, die in die Stellung eines persönlich haftenden und geschäftsführungsbefugten Gesellschafters nachfolgen. Die rechtlichen Bedenken Huecks sollen weiter unten bei der Frage der Zulässigkeit der Vertreterklausel in Gesellschaftsverträgen der OHG näher erörtert werden.

Wirtschaftlich gesehen kann es für die Gesellschaft durchaus wünschenswert erscheinen, wenn sich die Erben eines persönlich haftenden Gesellschafters trotz der Vertreterklausel nicht in die Stellung eines Kommanditisten zurückziehen. Das gilt namentlich

19) Hueck ZHR 125, 4

20) wie Fußnote 19)

dann, wenn der betreffende Erblasser über erhebliches Vermögen außerhalb der Gesellschaft verfügte. Dieses Vermögen würde durch die Wahl der Kommanditistenstellung durch die Erben dann nicht mehr für die Gesellschaftsschulden haften, was u. U. den Kredit des Unternehmens stark schädigen kann. Das trifft aber auch zu, wenn der einzige Komplementar einer KG stirbt oder alle persönlich haftenden Gesellschafter einer OHG durch einen Unfall ums Leben kommen. Würde in solchen Fällen die Vertreterklausel auf Erbenkommanditisten beschränkt sein, ließe sie sich u. U. gar nicht durchführen.

Diese Beispiele zeigen, daß durchaus Fälle denkbar sind, in denen die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft ein starkes Interesse daran haben, daß ihre Erben die Stellung als persönlich haftende Gesellschafter beibehalten und dennoch (im Interesse einer fachmännischen beweglichen und reibungslosen Geschäftsführung) gezwungen sind, die ihnen normalerweise zustehenden Rechte durch einen bestellten Vertreter ausüben lassen zu müssen. Eine solche Regelung wird in der Regel, wirtschaftlich gesehen, im Interesse aller am Betrieb der Gesellschaft beteiligten Personen und damit auch der Erben selbst liegen. Die Vertreterklausel wird deshalb in vielen Fällen auch im Hinblick auf persönlich haftende Gesellschaftererben wirtschaftlich gesehen die geeignete Lösung für die Schwierigkeiten sein, die auftauchen, wenn durch eine zu grosse Erbenzahl oder durch kaufmännisch ungeeignete Erben (insbesondere noch sehr junge Nachfolger) der Betrieb der Gesellschaft behindert wird.

a) Abgrenzung der Vertreterklausel von der gesetzlichen Vertretung

Die Vertreterklausel ist scharf von der gesetzlichen Vertretung zu unterscheiden. Durch die gesetzliche Vertretung wird es kraft Gesetzes Personen, die geschäftsunfähig oder beschränkt ge-

geschäftsfähig sind, oder Personenvereinigungen überhaupt erst ermöglicht, in vollem Umfang am Rechtsverkehr teilzunehmen. Die gesetzliche Vertretung ist zwangsweise, weil vom Gesetz zwingend vorgeschrieben und existiert unabhängig vom Willen der Beteiligten.

Die Vertretung, die die Vertreterklausel schafft, ist hingegen gewillkürt. Sie wird erst geschaffen durch den Willen des Erblassers, der Gesellschafter und der Erben. Vertreterklausel und gesetzliche Vertretung stehen sich allerdings als Gegensätze nicht unvereinbar gegenüber. Das zeigt sich, wenn zu den der Vertreterklausel unterworfenen Erben etwa ein geschäftsunfähiger Erbe gehört. Der für einen solchen Erben handelnde gesetzliche Vertreter würde dann genau wie die geschäftsfähigen Erben nur im Rahmen der Vertreterklausel die Rechte des Erben in der Gesellschaft geltend machen können.

b) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Vertretung einer Erbengemeinschaft.

Zu beachten ist, daß die Vertreterklausel nicht die Vertretung einer Miterbengemeinschaft in der Gesellschaft betrifft, denn es ist heute allgemein anerkannt, daß eine Miterbengemeinschaft nicht Mitglied einer Personengesellschaft sein kann ²¹⁾. Vielmehr wird jeder einzelne Erbe Gesellschafter, und der Vertreter soll durch die Vertreterklausel bevollmächtigt werden, die Rechte des einzelnen Erben in der Gesellschaft wahrzunehmen.

c) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Treuhand

Die Vertreterklausel muß auch von jeder Art Treuhand unterschieden werden. Denn während bei der Treuhand der Treuhänder im eigenen Namen die Interessen des Treugebers zu vertreten hat, handelt der durch die Vertreterklausel zu bestellende Vertreter als echter Bevollmächtigter, d. h. im Namen der von ihm ver-

²¹⁾ Näheres dazu unten S. 54 ff sowie bei BGHZ 22, 192; Weipert § 139 Anm. 25; Hueck OHG 17 und 265; für den Kommanditisten: RG in DR 1943, 1228; Weipert § 117 Anm. 16; Schlegelberger-Gessler § 177 Anm. 6; Liebisch ZHR 116, 134, 135

tretenen Erben. Er wird selbst nicht, wie der Treuhänder als Gesellschafter im Handelsregister eingetragen, als Gesellschafter eingetragen werden die Erben. Der durch die Vertreterklausel zu bestellende Vertreter wird deshalb auch nicht mit dem Haftungsrisiko des Treuhänders, dem (wie oben festgestellt) praktischen Nachteil der Treuhand, belastet.

d) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Legitimationszession

Wie von der Treuhand, so muß die Vertreterklausel von der sog. Legitimationszession unterschieden werden. Zwar wird es bei Aktiengesellschaften als zulässig angesehen, daß das Stimmrecht des Aktionärs einem Dritten zur Ausübung im eigenen Namen fiduziarisch übertragen werden kann (Legitimationszession)²²⁾. Wie unten noch näher auszuführen sein wird, ist es im Recht der Personengesellschaften jedoch nicht zulässig, daß einzelne aus der Mitgliedschaft entspringende Kontroll- und Verwaltungsrechte von dieser abgespalten und auf einen Dritten übertragen werden²³⁾. Durch die Vertreterklausel sollen die aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte jedoch nicht, auch nicht fiduziarisch, auf den Vertreter übertragen werden. Vielmehr soll der Vertreter diese Rechte der Erben als echter Bevollmächtigter im Namen der Erben wahrnehmen.

e) Abgrenzung der Vertreterklausel von der Unterbeteiligung

Schließlich darf, darauf hat Hueck mit Recht hingewiesen²⁴⁾, die Vertreterklausel auch nicht mit der Unterbeteiligung verwechselt werden. An sich könnte der Gesellschaftsvertrag einen ähnlichen wirtschaftlichen Erfolg, wie ihn die Vertreterklausel er-

22) Näheres zur Legitimationszession in RGZ 118, 330

23) Dazu unten S. 26 ff; BGHZ in JR 1954, 59 mit zust. Anm. v. Weipert daselbst; Hueck JZ 1952, 115

24) Hueck ZHR 125, 6

strebt, auch dadurch erreichen, daß er als Nachfolger eines Gesellschafters nur einen Erben vorsieht, dem Erblasser aber anheim gibt, durch entsprechende letztwillige Verfügung den übrigen Erben Unterbeteiligungen an dem Geschäftsanteil des Nachfolgers einzuräumen. In diesem Fall würde der in die Gesellschaft nachfolgende Erbe alle Gesellschafterrechte aus der Gesellschaftserstellung des Erblassers im eigenen Namen ausüben, er allein wäre auch nur im Handelsregister eingetragen, so daß im Außenverhältnis nur dieser Erbe persönlich haftet. Demgegenüber sind bei der Vertreterklausel alle Erben echte Gesellschafter, als solche auch im Handelsregister eingetragen und damit Inhaber sämtlicher Gesellschafterrechte, wenn sie diese auch nur durch den Vertreter ausüben können.

Die rechtlichen Probleme, die eine solche Vertreterklausel in Gesellschaftsverträgen von Personenhandelsgesellschaften mit sich bringt, sind im Hinblick auf ihre Zulässigkeit, ihre Wirksamkeitsvoraussetzung, die Person, die Wahl und die Abberufung des Vertreters, das Verhältnis der Erben zu dem Vertreter und das Verhältnis des Vertreters zur Gesellschaft mannigfach und (worauf Hueck mit Recht hinweist ²⁵⁾) bisher im Schrifttum wenig beachtet worden. Hueck hat in ZHR 125, 1 ff die Probleme behandelt, die sich aus der Vertreterklausel im Hinblick auf die Kommanditistenstellung ergeben. Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es daher in erster Linie sein, die Rechtslage aufzuzeigen, die entsteht, wenn der Gesellschaftsvertrag die Vertreterklausel auch für die ererbte Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters vorschreibt und der Erbe diese Stellung beibehält. Dies soll im folgenden am Beispiel der OHG aufgezeigt werden. Da der Aufsatz von Hueck im großen und ganzen Zustimmung verdient, sollen die Probleme zur Kommanditistenstellung nur der Vollständigkeit halber am Schluß der Arbeit noch kurz zusammengestellt werden.

25) Hueck ZHR 125, 7

§ 2 Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der OHG

I. Zulässigkeit

Fraglich könnte sein, ob die Vertreterklausel überhaupt in Gesellschaftsverträgen der OHG zulässig ist.

1. Innenverhältnis und Privatautonomie

Die Klausel, daß die Erben sich hinsichtlich der Ausübung ihrer Mitgliedschaftsrechte vertreten lassen müssen, regelt das Verhältnis der Gesellschaftererben den Mitgesellschaftern gegenüber und betrifft somit das Innenverhältnis der Gesellschaft. Maßgebend für die Beurteilung der Zulässigkeit der Vertreterklausel sind deshalb die §§ 109 bis 122, die im HGB unter dem Titel "Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander" zusammengefaßt sind. Gem. § 109 richtet sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag. Der Gesetzgeber hat damit den Gesellschaftern für die Ausgestaltung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten weitestgehende Vertragsfreiheit zugewilligt. Damit, so scheint es, müßte es den Gesellschaftern auch ohne weiteres freistehen, die Vertreterklausel zu vereinbaren, es sei denn, es gäbe zwingende Rechtsnormen, die es den Gesellschaftern verböten, die Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag einer OHG aufzunehmen.

2. Beschränkung der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel durch ausdrückliche und zwingende gesellschaftsrechtliche Verbotsnormen

Eine gesetzliche Vorschrift, die die Vertreterklausel ausdrücklich untersagte, ist weder im Gesellschaftsrecht des HGB noch im Recht der BGB-Gesellschaft, das gem. § 105 Abs. 2 für das Recht der OHG subsidiär gilt, vorhanden. Lediglich aus § 118 Abs. 2 ergibt sich eine zwingende Beschränkung der Vertreterklausel dahingehend

daß der Erbe sich bei der Ausübung des Informations- und Kontrollrechts dann durch seinen Vertreter nicht zu vertreten lassen braucht, wenn Grund zur Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Diese Vorschrift hat aber ihrem Wortlaut nach Ausnahmecharakter; aus ihr läßt sich deshalb nicht schlechthin ein Verbot der Vertreterklausel ableiten.

3. Beschränkung der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel durch sonstige zwingende Rechtsnormen

Dennoch ist das Schrifttum, soweit es die Vertreterklausel überhaupt erwähnt, der Ansicht, daß diese in OHG-Gesellschaftsverträgen schlechthin unzulässig und damit nichtig sei ¹⁾. Diese Meinung ist auch in der Rechtsprechung vertreten worden ²⁾. Diese Ansicht und ihre Begründungen bedürfen aber der kritischen Betrachtung, denn da das Gesetz, wie gesagt, ausdrücklich kein zwingendes gesellschaftsrechtliches Verbot der Vertreterklausel enthält, wäre diese Ansicht nur richtig, wenn es andere Rechtsnormen gäbe, die die Vertragsfreiheit der OHG-Gesellschafter soweit beschränkte, daß ihnen die Vereinbarung der Vertreterklausel verboten wäre.

Dieses Problem läßt sich, darauf muß zuvor hingewiesen werden, allerdings nicht ganz einheitlich für jeden Erbfall beantworten, da der Erbe durch den Erbfall in mit ganz unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattete Gesellschafterstellungen eintreten kann.

Zwar tritt der Erbe nach zutreffender Ansicht kraft Universalsukzession gem. § 1922 BGB in die gesellschaftsrechtliche Stellung des Erblassers ein, wobei der Erbe sowohl die vermögensrechtlichen als auch die personenrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft erwirbt ³⁾. Die personenrechtliche Seite der Mitgliedschaft

1) Weipert § 139, Anm. 25; Schlegelberger-Gessler § 139 Anm. 25; Hueck ZHR 125, 4

2) RGZ 2, 30 (32). Der BGH in 36, 292 scheint die Ansicht des Reichsgerichts nicht teilen zu wollen. Er setzt sich aber mit der zitierten RG-Entscheidung nicht auseinander.

3) str. vgl. Liebisch ZHR 116, 132, 133, m. w. N.

ist indessen komplex, sie umfaßt eine Fülle von Rechten und Pflichten, wie etwa Informations- und Kontrollrecht, Stimmrecht, Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, und es ist fraglich, ob der Erbe in alle diese Positionen ohne weiteres durch den Erbfall eintritt. Sie sind vielmehr vom Gesetz her individualbezogen, d. h. sie sind im Interesse der Mitgesellschafter an die Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters gebunden. Wohl gibt § 139 nach richtiger Ansicht den Gesellschaftern die Möglichkeit, durch die Erbfolgeklausel für den Erbfall auch die an die Persönlichkeit gebundenen Elemente der Mitgliedschaft auf den Erben übertragbar zu machen. Das kann jedoch nicht ohne Einschränkung gelten. Mit Recht hat Liebisch darauf hingewiesen ⁴⁾, daß es personenrechtliche Elemente der Mitgliedschaft gibt, die durch den Gesellschaftsvertrag so stark an der Persönlichkeit des Erblassers orientiert sind, daß sie trotz der Erbfolgeklausel nicht auf den Erben übergehen. Wenn beispielsweise die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis dem Erblasser nur wegen seines hohen Lebensalters oder für eine bestimmte Dauer der Mitgliedschaft übertragen war oder wenn dem Erblasser eine ihm persönlich bewilligte besondere Vergütung zustand. In solchen Fällen gehen diese Rechte mit der Persönlichkeit des Erblassers unter. Der Erbe erwirbt sie nicht.

Wie weit solche rein persönlichkeitsgebundenen Sonderrechte des Erblassers bestanden, ergibt sich aus dem Gesellschaftsvertrag. Er allein gibt Auskunft darüber, wie weit dem Erben die aus der Mitgliedschaft fließenden persönlichen Rechte zustehen sollen oder nicht, sei es nun, daß der Gesellschaftsvertrag darüber ausdrückliche Bestimmungen enthält oder sei es, daß sich durch Auslegung erkennen läßt, welche Rechte nach dem Willen der Gesellschafter den Erben eines Gesellschafters zustehen sollen.

Nur wenn der Gesellschaftsvertrag keine Besonderheiten bezüglich der personenrechtlichen Elemente der Mitgliedschaft des Erblassers erkennen läßt, folgt der Erbe in alle personenrechtlichen Rechte und Pflichten nach.

4) Liebisch ZHR 116, 132, 133

Es ist daher denkbar, daß der Gesellschaftsvertrag einerseits die Vertreterklausel enthält; diese sagt für sich gesehen noch nichts darüber aus, welche Rechte den Erben zustehen und welche nicht; sie besagt lediglich, daß der Erbe verpflichtet ist, einen anderen zur Ausübung der ihm zustehenden Rechte und Pflichten zu bevollmächtigen.

Wie weit der Erbe andererseits von wichtigen persönlichen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten ausgeschlossen sein soll, muß unabhängig von der Vertreterklausel aus dem Gesellschaftsvertrag ermittelt werden.

Für die Behandlung der Zulässigkeit der Vertreterklausel sind deshalb alle Möglichkeiten zu berücksichtigen, denn nach dem Gesagten kann sich aus dem Gesellschaftsvertrag trotz der Vertreterklausel ergeben:

Daß der Erbe eine mit vollen Rechten und Pflichten
ausgestattete Mitgliedschaft erwirbt
oder daß der Erbe im Rahmen des rechtlich zulässigen
von einem oder dem anderen dieser Rechte und Pflichten
ausgeschlossen sein soll.

Das Problem der Zulässigkeit der Vertreterklausel wirft bei diesen verschiedenen Möglichkeiten ganz verschiedene Fragen auf. Der besseren Übersichtlichkeit halber soll deshalb im folgenden unterschieden werden, ob der Erbe die wichtigsten Mitgliedschaftsrechte, nämlich die Mitverwaltungsrechte, Stimmrecht, Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis hat oder nicht.

a) Der Erbe ist von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen.

Es fragt sich deshalb zunächst, was gilt, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß der Gesellschaftererbe von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen sein soll. In diesem Fall würden dem Erben jedoch das Stimmrecht und alle sonstigen Rechte zustehen. Der Erbe wäre also befugt, bei der Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte, bei Erteilung der Prokura,

bei Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder sonstigen Änderungen des Gesellschaftsvertrages persönlich mitzuwirken. Es könnte sein, daß die Vertragsfreiheit der Gesellschafter außerhalb des ausdrücklichen Gesellschaftsrechts durch zwingende Rechtsnormen so begrenzt ist, daß eine Beschränkung dieser Rechte eines Gesellschaftererben durch die Vertreterklausel unzulässig wäre.

aa) Das Erfordernis der Zustimmung des Erben zur
Vertreterklausel

Zunächst läßt sich gegen die Zulässigkeit der Vertreterklausel bei dieser Sachlage nicht einwenden, daß eine solche Beschränkung des Stimmrechts eines OHG-Gesellschafters durch die Vertreterklausel nur mit seiner Zustimmung zulässig sei und der Erbe sein Einverständnis nicht erklärt habe. Denn der Erbe, der durch den Erbfall in die Gesellschaft eintritt, erwirbt mit dem Gesellschaftsanteil alle Rechte und Pflichten, die für den Erblasser maßgebend waren. Er muß sich deshalb auch die Beschränkung seines Stimmrechts durch die Vertreterklausel gefallen lassen, denn entscheidend ist, daß der Erblasser seinerzeit der Klausel zugestimmt hat und damit die Verpflichtung begründet hat. Auf die Zustimmung des Erben kommt es nicht an.

Hierin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied zur unzulässigen gesetzlichen TV. Wie oben ausgeführt, wird durch die gesetzliche TV das Stimmrecht der Erben testamentarisch, durch den letzten, einseitigen, unabdingbaren Willen des Erblassers, beschränkt. Die TV ist deshalb im Erbrecht begründet, so daß bei der Prüfung ihrer Zulässigkeit die betroffenen gesellschaftsrechtlichen und erbrechtlichen Vorschriften gleichrangig nebeneinander stehen. Die Vertreterklausel wird hingegen gesellschaftsrechtlich begründet. Die Gesellschafter haben sich gesellschaftsvertraglich (abdingbar also, wenn der Zweck der Gesellschaft es erfordert) verpflichtet, im Erbfälle gewisse Beschränkungen ihrer Gesellschafterstellung hinzunehmen. Für die Frage der Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung spielen deshalb ausschließlich das

Gesellschaftsrecht beherrschende Normen eine Rolle.

bb) Die infrage kommenden Beschränkungsnormen

Es wurde aber gezeigt, daß es spezielle gesellschaftsrechtliche Gesetzesnormen für ein Verbot der Vertreterklausel nicht gibt. Da dennoch die Vertreterklausel (wo sie erwähnt wird) im Hinblick auf die OHG abgelehnt wird, fragt es sich, ob die Vertreterklausel vielleicht die Grenzen überschreitet, die allen privatrechtlichen Verträgen durch die Grundsätze der Sittlichkeit (§ 138 BGB) und von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gezogen sind.

cc) § 138 BGB als Schranke der Privatautonomie im Hinblick auf die Vertreterklausel

Ist die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag einer OHG im Sinne des § 138 BGB sittenwidrig und damit schlechterdings nichtig? Es müßte dann mit den guten Sitten nicht vereinbar sein, wenn man es einem persönlich haftenden Gesellschafter zumuten würde, einerseits unbeschränkt für die Gesellschafterschulden haften zu müssen, andererseits sein Stimmrecht nicht persönlich ausüben zu können.

Weipert ⁵⁾ und Schlegelberger-Gessler ⁶⁾ lehnen die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag der OHG unter Berufung auf RGZ 2, 30 deshalb ab, weil sie sich mit der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gesellschaftererben nicht vereinbaren ließe. Dazu soll aber erst im nächsten Abschnitt Stellung genommen werden ⁷⁾. Im vorliegenden Beispiel wird ja davon ausgegangen, daß der Gesellschaftererbe von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist. Dazu meint Hueck, daß auch wenn der Erbe von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sei, es in der Regel nicht angehe, ihm eine unbeschränkte per-

5) § 139 Anm. 25

6) § 139 Anm. 25

7) siehe unten S 33 ff

liche Haftung für alle Gesellschaftsschulden zuzumuten, ihm aber durch die Vertreterklausel jeden Einfluß auf die Gesellschaft zu versagen⁸⁾.

Ob der Ansicht Huecks in dieser Allgemeinheit zugestimmt werden kann, erscheint aber fraglich. Wohl ließe sie sich rechtfertigen, wenn die Vertreterklausel sittenwidrig und daher nichtig wäre, und es könnte in der Tat naheliegen, der Entscheidung des BGH in BGHZ 3, 354 derartige Gedanken zu entnehmen. Die Entscheidung, die durchweg Zustimmung gefunden hat⁹⁾, befaßt sich mit der Frage, ob § 717 Abs. I BGB abdingbar ist oder nicht. Sie hält § 717 Abs. I BGB für unabdingbar mit der Begründung, daß es mit dem Wesen der Personenhandelsgesellschaft nicht vereinbar sei, wenn ein Gesellschafter einzelne, aus der Mitgliedschaft entspringende Rechte auf einen Dritten übertragen könnte. Es sei daher unzulässig, wenn ein Gesellschafter sein Stimmrecht (auch mit Zustimmung der anderen Gesellschafter) auf einen Dritten übertrage. Ebenso sei es unzulässig, wenn ein Gesellschafter einem Dritten eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung seines Stimmrechts erteile, da das im Ergebnis einer Übertragung des Stimmrechts gleichkomme.

Die Entscheidung ist im Ergebnis zutreffend, wenn auch die Begründung, daß das alles aus dem Wesen der Personenhandelsgesellschaft folge, wenig überzeugt. Denn das Wesen der Personenhandelsgesellschaft verbietet nicht ohne weiteres eine stark körperschaftlich orientierte Organisation des Innenverhältnisses der Gesellschaft. Die Personenhandelsgesellschaft ist vielmehr eine juristische Zweckschöpfung, die unter Berücksichtigung der Interessen des einzelnen Gesellschafters, der Gesellschafter als Gesamthandsgemeinschaft und außenstehender Dritter gesetzlich fixiert ist. Sie findet ihre Wesensgrenzen nur dort, wo schutzwerte Belange einer dieser Personen oder Personengruppen bedroht sind. Eine solche von der Rechtsordnung nicht gebilligte Bedrohung schutzwertiger Belange eines einzelnen Gesellschafters ist gegeben, wenn dieser

8) ZHR 125, 4

9) Dazu die zust. Anm. v. Hueck in JZ 1952, 115; Fischer GmbH-Rdsch. 1952, 113; Weipert JR 1954, 6 und auch BGHZ 36, 292; 20, 363; JZ 1954, 59

einerseits persönlich und unbeschränkt haftet, andererseits aber keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Gesellschaft hat, weil ihm (neben dem Ausschluß von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis) das Stimmrecht sei es durch Abtretung oder sei es durch Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht genommen ist. Der so behandelte Gesellschafter ist der Willkür seiner Mitgesellschafter und desjenigen, dem er das Stimmrecht abgetreten oder unwiderrufliche Vollmacht erteilt hat, hilflos ausgeliefert. Dahingehende gesellschaftsvertragliche Bestimmungen sind deshalb im Sinne des § 138 BGB sittenwidrig und folglich nichtig. Dem BGH ist also im Ergebnis zuzustimmen ¹⁰⁾.

Insoweit läßt sich aus § 138 BGB eine gewisse Verknüpfung von Herrschaft und Haftung im Gesellschaftsrecht herleiten ¹¹⁾. Der von Siebert aufgestellte gesellschaftsrechtliche Grundsatz, daß es außerhalb der notwendigen gesetzlichen Vertretung keine Fälle gäbe, in denen jemand persönlich haften müsse, aber in den Entscheidungen, die eine solche Haftung begründen können, unfreiwillig der Entscheidungsgewalt eines anderen unterworfen ist ¹²⁾, muß unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB verstanden werden.

10) a. A. Holch DNotZ 1958, 282 (288), der die Abtretung des Stimmrechts für zulässig hält und das damit begründet, daß, wenn es die Gesellschafter schon bei allseitigem Einverständnis in der Hand hätten, einen Dritten als weiteren Gesellschafter aufzunehmen, dann müsse es ihnen erst recht freistehen, (argumentum a maiore ad minus) ihm nur einen Ausschnitt aus dieser Gesellschaftscharakterstellung, nämlich das Stimmrecht, zu übertragen. Holch verkennt aber, daß hier nicht nur die schutzwürdigen Interessen der Gesellschafter als Gesamtheit auf dem Spiel stehen, diese würden in der Tat durch eine mit ihrem Einverständnis erfolgte Abspaltung des Stimmrechts von der Mitgliedschaft eines Gesellschafters nicht berührt, sondern in erster Linie das Interesse des einzelnen Gesellschafters, dessen Stimmrecht übertragen wird.

11) Müller-Erzbach 180

12) Siebert in Festschr. f. Hueck 331 (335)

So gesehen wird aber deutlich, daß die Vertreterklausel den aufgezeigten aus § 138 BGB folgenden Grundsätzen, die der Entscheidung des BGH und dem Satz von Siebert zugrunde liegen, nicht unterliegt. Denn der Gesellschaftererbe, der durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet ist, sein Stimmrecht durch einen von ihm zu bevollmächtigen Vertreter ausüben zu lassen, wird damit nicht gleichzeitig in sittenwidriger Weise der Willkür Dritter unterworfen. Die Erben verlieren ihr Stimmrecht nicht wie bei einer nach obigen Grundsätzen verbotenen Stimmrechtsabtretung, da der Vertreter nicht im eigenen Namen, sondern die Rechte der Erben in deren Namen ausübt. Der einzelne Erbe bleibt selbständiger Träger des Stimmrechts.

Ebenso ist in der Vertreterklausel auch keine unzulässige verschleierte Stimmrechtsabtretung zu erblicken, wie sie bei der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht bei gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht gegeben ist. Denn der Einfluß, den der oder die Erben trotz der Vertreterklausel in der Gesellschaft ausüben können, ist, darauf wird noch näher einzugehen sein, keineswegs gering. Die Erben können nämlich die Vollmacht des Vertreters frei oder zumindest unter bestimmten Umständen widerrufen¹³⁾, sie können ihm Weisungen erteilen und damit Einfluß auf die Abstimmung bei Beschlußfassungen in der Gesellschaft nehmen. Zudem gibt es, wie noch erörtert werden wird, Grenzen, über die hinaus sich der Gesellschaftererbe die Vertretung nicht gefallen zu lassen braucht.

Deshalb wird der Erbe nicht in unzumutbarer Weise durch die Vertreterklausel der Willkür anderer ausgeliefert, wie das bei der Stimmrechtsabtretung oder unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht der Fall ist. Die Vertreterklausel ist daher nicht im Sinne des § 138 BGB nichtig, gegen ihre grundsätzliche Gültigkeit bestehen keine Bedenken. Der oben zitierten Meinung von Hueck, daß es nicht angehe, den Gesellschaftererben unbeschränkt haften zu lassen, ihm aber durch die

13) Eine Vertreterklausel, die dem Erben das Widerrufsrecht nimmt, wäre nach dem Gesagten allerdings unzulässig.

Vertreterklausel jeden Einfluß auf die Gesellschaft zu nehmen, kann daher im Hinblick auf die grundsätzliche Zulässigkeit dieser Klausel aus den dargelegten Gründen nicht gefolgt werden.

Dieses Ergebnis ist m. E. auch in Rechtsprechung und Literatur nicht ohne Stütze. Es ist nämlich anerkannt, daß der TV als bevollmächtigter Vertreter der Erben deren Rechte in einer OHG ausüben kann ¹⁴⁾.

Wenn aber der TV vom Erben bevollmächtigt wird, ihn in der Gesellschaft zu vertreten, dann führt der TV, wie der BGH ¹⁵⁾ für das Geschäft eines Einzelkaufmanns selbst ausführt, das Geschäft wie jeder andere Bevollmächtigte. Er handelt also gerade nicht aufgrund seines Amtes als TV für den Erben, weil das, wie wir oben sahen, unzulässig wäre. Vielmehr handelt der vom Erben bevollmächtigte TV aufgrund seiner vom Erben rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht. Der so bevollmächtigte TV bezieht daher genau wie der aufgrund der Vertreterklausel bestellte Vertreter seine Stellung nicht aus dem Erbrecht, dem letzten Willen des Erblassers, sondern aus rechtsgeschäftlichen Beziehungen zu den Erben. Solange der Erbe keine Vollmacht erteilt hat, hat weder ein sonstiger Vertreter noch der TV als Vertreter der Erben Vertretungsmacht. Es erscheint deshalb inkonsequent, wenn der BGH auf das Verhältnis zwischen den Erben und dem von ihnen bevollmächtigten TV die erbrechtlichen Vorschriften über die gesetzliche TV angewandt wissen will. Ob die Bevollmächtigung des TV zulässig ist und nach welchen Regeln sie zu beurteilen ist, kann, wenn der TV nicht aufgrund seines Amtes handelt, nicht Gegenstand des Erbrechtes sein. Ob und in welchem Umfang der Erbe eine solche Vollmacht erteilen kann, ist vielmehr allein eine Frage gesellschaftsrechtlicher Zulässigkeit.

¹⁴⁾ BGHZ 36, 292; 12, 100; RGZ 123, 299 in dieser Entscheidung scheint das RG (wie scheinbar auch BGHZ 36, 292) sogar die Vertreterklausel für zulässig zu halten. Es setzt sich aber wie der BGH mit RGZ 2, 30 nicht auseinander. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 57 ff.; Kipp-Coing, 290; Donner DNotZ 1944, 143 (149); Holch DNotZ 1948, 282; Richardi 56 und auch Hueck ZHR 108, 1 (30)

¹⁵⁾ BGHZ 12, 100

Gerade diese Tatsache wird denn auch im allgemeinen als Grund dafür bezeichnet, weshalb die Bevollmächtigung des TV durch den Erben gegenüber der unzulässigen gesetzlichen TV zulässig sein soll.

Diese Zusammenhänge scheinen aber nicht deutlich erkannt zu werden, andernfalls läßt es sich nicht erklären, daß weder von den Befürwortern der Zulässigkeit der Bevollmächtigung des TV noch von denjenigen, die die Vertreterklausel für unzulässig halten, auf die Gleichartigkeit der beiden Fälle hingewiesen wird und dazu Stellung genommen wird.

dd) Der Treuegedanke als Beschränkung der Privatautonomie

Ist somit die Vertreterklausel grundsätzlich zulässig, da sie nicht gegen aus § 138 BGB folgende Prinzipien verstößt, so ist doch zu fragen, ob nicht der Vertreterklausel gewisse Grenzen gesetzt sind, die sich aus § 242 BGB ergeben.

Für das Gesellschaftsrecht ist es anerkannt, daß die gegenseitige Treue die maßgebende Grundnorm für alle Beziehungen der Gesellschafter untereinander bildet ¹⁶⁾. Ebenso ist es anerkanntes Rechts, daß sich aus der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander für den einzelnen Gesellschafter eine Reihe von Handlungs- und Unterlassungsmaximen ergibt ¹⁷⁾. Die Treuepflicht zwingt die Gesellschafter, alles zu tun, was die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter fördert bzw. alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter schädigt. Auch die Vertreterklausel unterliegt deshalb den Maximen der gegenseitigen Treue im Innenverhältnis der Gesellschaft: Wenn die Mitgesellschafter im allgemeinen aus der Vertreterklausel das Recht haben, darauf zu bestehen, daß sich der oder die Erben bei Gesellschafterbeschlüssen vertreten lassen und ihnen andernfalls kein Stimmrecht zubilligen, so muß dieses Recht aus den Gedanken der Treue doch seine Grenzen haben, dort nämlich, wo seine Ausübung

¹⁶⁾ Hueck OHG, 66

¹⁷⁾ Hueck Gesellschaftsrecht, 30

zu einer unzumutbaren und weder im Interesse der Gesellschaft noch der einzelnen Mitgesellschafter gerechtfertigten Belastung des Gesellschaftererben führt. Zu denken ist dabei an die Fälle, in denen völlig ungewöhnliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages beschlossen werden, wie etwa die Erhöhung der Beitragspflicht oder ein Abweichen von dem Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter über das rechtlich zulässige Maß hinaus. So hat denn auch der BGH in seiner Entscheidung vom 14. 5. 1956 ¹⁸⁾ erkannt, daß es für diese Fälle unzulässig ist, einem vom Stimmrecht ausgeschlossenen Kommanditisten das Stimmrecht zu verweigern. In einer anderen Entscheidung ¹⁹⁾ hat der BGH entschieden, daß eine Mehrheitsklausel in den angeführten beiden Fällen nicht ohne weiteres Anwendung finden könne, da es nicht anginge, bei solch ungewöhnlicher Belastung einzelner Gesellschafter die Minderheit der Mehrheit zu unterwerfen.

Die Begründung, die der BGH dafür gibt, insbesondere bei der Entscheidung BGHZ 20, 363, müßte einer kritischen Betrachtung unterzogen werden. Dazu ist hier nicht der Ort. Beiden Entscheidungen ist jedoch im Ergebnis zuzustimmen. Sie zeigen deutlich, daß bei jeder Stimmrechtsbeschränkung, sei es nun, daß das Stimmrecht überhaupt ausgeschlossen ist oder sei es, daß es durch die Mehrheitsklausel etwas an Gewicht verloren hat, die Mitgesellschafter auf dieser Beschränkung dann nicht bestehen können, wenn es sich um ungewöhnliche Gesellschafterbeschlüsse handelt.

Wegen der aus § 242 BGB folgenden und (wie dargelegt) das Verhältnis der Gesellschafter untereinander beherrschenden Treuepflicht sind die Mitgesellschafter verpflichtet, bei ungewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen auf die Ausübung der Rechte, die die Rechte anderer Mitgesellschafter beschränken, zu verzichten. Wenn die Vertreterklausel eine ähnliche Beschränkung des Stimmrechts des Gesellschaftererben zur Folge hätte, wie sie etwa durch die Mehr-

18) BGHZ 20, 363

19) BGHZ 8, 35

heitsklausel herbeigeführt wird, dann müßte die aus § 242 BGB folgende Verpflichtung, bei ungewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen auf einer solchen Beschränkung nicht bestehen zu können, auch im Hinblick auf die Vertreterklausel gelten.

Wie weit die Rechte des Gesellschaftererben durch die Vertreterklausel in ihrer Ausübung beschränkt sind, läßt sich scharf nur ermitteln, wenn Klarheit über das Verhältnis zwischen Gesellschaftererben und seinem Vertreter besteht. Darüber wird unten ²⁰⁾ noch eingehend berichtet. Für das vorliegende Problem soll genügen, wenn man sich klarmacht, daß der Erbe, gleichgültig wie sein Verhältnis zum Vertreter ausgestaltet ist, immer der Gefahr ausgesetzt ist, daß der Vertreter etwaige Weisungen betreffend ungewöhnliche Gesellschafterbeschlüsse nicht befolgt. Es kann auch sein, daß der Vertreter den Erben unzureichend informiert hat. Sind mehrere Erben vorhanden, besteht die Gefahr, daß diese untereinander vereinbart haben, dem Vertreter Weisungen aufgrund von Mehrheitsbeschlüssen der Gesellschaftererben zu erteilen. In einem solchen Fall unterliegen einzelne zur Minderheit gehörende Erben, die von dem zu fassenden Gesellschafterbeschluß besonders betroffen werden, u. U. schon vor der eigentlichen Beschlußfassung einer für sie unzumutbaren und nach der Entscheidung des BGH unzulässigen Majorisierung.

Diese Beispiele machen deutlich, daß die Vertreterklausel eine ähnliche Beschränkung der Rechte der Gesellschaftererben herbeiführen kann, wie etwa eine Mehrheitsklausel. Daher muß die Vertreterklausel auch eine ähnliche Begrenzung erfahren wie die Mehrheitsklausel: Die Mitgesellschafter sind bei ungewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen aufgrund ihrer Treuepflicht verpflichtet, auf ihr Recht, die Vertretung der Gesellschaftererben in der Gesellschaft verlangen zu können, zu verzichten. Daraus folgt für die Erben, daß sie trotz der Vertreterklausel bei ungewöhnlichen Beschlüssen berechtigt und verpflichtet sind, ihr Stimmrecht persönlich auszuüben. Die

20) siehe S. 55 ff

Folge ist, daß Beschlüsse, die etwa eine Erhöhung der Beitragspflicht oder die ungleichmäßige Behandlung der Gesellschaftererben zur Folge haben, daher bis zur Zustimmung aller Gesellschaftererben schwebend unwirksam sind. Wenn sie wirksam werden sollen, muß jeder einzelne Gesellschaftererbe die persönliche, ausdrückliche oder zumindest stillschweigende Genehmigung erteilen ²¹⁾.

Umgekehrt sind die Gesellschaftererben aufgrund ihrer Treuepflicht den Mitgesellschaftern gegenüber ihrerseits nicht berechtigt, über die aufgezeigten Grenzen hinaus die persönliche Mitwirkung an Gesellschafterbeschlüssen zu verlangen. Denn die Vertreterklausel hat das Interesse der Gesellschaft und der Mitgesellschafter gleichermaßen im Auge. Sie beschränkt den Anspruch der Erben auf Beteiligung am Rechtsleben der Gesellschaft dort, wo diese Beteiligung ein gedeihliches Zusammenarbeiten der Gesellschafter in unzumutbarer Weise erschwert. Ihre aus § 242 BGB folgende Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern hindert sie deshalb daran, eine Beteiligung über die aufgezeigte Grenze hinaus zu verlangen ²²⁾.

Damit hat sich herausgestellt, daß die Vertreterklausel innerhalb der aufgezeigten Grenzen in Gesellschaftsverträgen der OHG, sofern der Erbe von der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist, zulässig und wirksam ist.

b) Der Erbe tritt in die mit allen Rechten und Pflichten ausgestattete Mitgliedschaft ein.

Gewöhnlich stehen einem Gesellschafter einer OHG die volle Geschäftsführungsbefugnis (§ 114) und Vertretungsmacht (§ 125) zu. Diese Rechte können auch den Erben eines OHG-Gesellschafters zustehen, denn die Vertreterklausel berechtigt für sich gesehen nicht zu der Annahme, daß die Erben nach dem Willen der Gesellschafter von der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht ausgeschlossen sein sollen.

21) so auch Hueck für den Kommanditisten in ZHR 125, 11

22) Zur Verpflichtung des Erben, sich vertreten zu lassen durch letztwillige Anordnung des Erblassers vgl. S. 44

Vielmehr sind Gesellschaftsvertragsklauseln, die die Rechte einzelner Gesellschafter beschränken, grundsätzlich eng auszulegen²³⁾. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß einem Gesellschafter über den Wortlaut einer Gesellschaftsvertragsklausel hinaus eine Beschränkung seiner Rechte widerfahren soll. Die Befugnisse der Gesellschafter sollen nur insoweit beschränkt werden, als es nach Lage der Dinge nötig ist. Es ist daher durchaus möglich, daß sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, daß den Gesellschaftererben die volle Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zustehen soll, die Erben aber zur Ausübung dieser Befugnisse einen Vertreter bevollmächtigen müssen.

aa) Vertreterklausel und Geschäftsführungsbefugnis

Daß eine solche Regelung hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis zulässig ist, kann nicht bezweifelt werden. Zwar ist bestritten, ob nicht die Geschäftsführungsbefugnis anders als das Stimmrecht selbständig auf einen anderen übertragen werden kann²⁴⁾. Zu diesem Streit braucht aber nicht näher Stellung genommen zu werden²⁵⁾, denn auch diejenigen, die die Übertragungsmöglichkeit verneinen, lassen doch die Bevollmächtigung zur Ausübung der Geschäftsführungsbefugnis im vollen Umfang zu²⁶⁾. Soweit es sich also um die Geschäftsführungsbefugnis allein handelt, stößt die Zulässigkeit der Vertreterklausel auf keine rechtlichen Bedenken.

23) BGHZ 18, 350; Hueck SJZ 1948, 752 (755)

24) für Übertragbarkeit Hueck OHG 86 a. A. BGHZ 36, 292

25) Der Satz § 717 Satz 1 BGB sei schlechthin unabdingbar, erscheint in der Tat zweifelhaft. Es muß vielmehr für jedes einzelne Mitgliedschaftsrecht besonders untersucht werden, ob es für den einzelnen Gesellschafter oder für die Gesellschaft unzumutbar und damit gem. § 138 BGB sittenwidrig ist, wenn der Gesellschaftsvertrag die Übertragung des betreffenden Mitgliedschaftsrechts auf einen Dritten zuläßt. M. E. ist deshalb die Meinung Huecks (OHG 86), der die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis zuläßt, zutreffend, weil dem betroffenen Gesellschafter durch das Stimmrecht genügend Einfluß auf die Gesellschaft bleibt.

26) BGHZ 36, 292 (295)

bb) Vertreterklausel und Vertretungsmacht

Im allgemeinen hat aber ein geschäftsführungsbefugter Gesellschafter auch die Befugnis, die Gesellschaft nach außen zu vertreten, und selten ist ein Gesellschafter, der die Geschäftsführungsbefugnis hat, von der Vertretung der Gesellschaft nach außen ausgeschlossen. Zwar sind Fälle der Geschäftsführung denkbar, die nicht gleichzeitig Vertretungshandlungen sind, wie etwa weite Bereiche der technischen Betriebsleitung oder ein großer Teil des Rechnungswesens (etwa das Führen der Bücher). Jede Vertretungshandlung ist jedoch gleichzeitig ein Akt der Geschäftsführung²⁷⁾, so daß, wenn nur ein geschäftsführender Gesellschafter vorhanden ist, dieser notwendig auch Vertretungsmacht haben muß. Die Vertretungsmacht steht grundsätzlich nach dem Gesetz (§ 125) jedem einzelnen Gesellschafter zu. Man spricht deshalb auch hinsichtlich der Vertretungsmacht von sog. Selbstorganschaft²⁸⁾. Die organschaftliche Vertretungsmacht kann nach dem Gesetz einzelnen Gesellschaftern entzogen werden. Sie kann auch durch die Vereinbarung einer Gesamtvertretung der Gesellschafter oder zusammen mit einem Prokuristen beschränkt werden.

Über diese gesetzlichen Beschränkungsmöglichkeiten hinaus ist nach § 126 Abs. 3 jede weitere Beschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht Dritten gegenüber unwirksam. Aus dieser gesetzlichen Regelung ist nun vielfach geschlossen worden, daß die organschaftliche Vertretungsmacht weder übertragen werden könne²⁹⁾ noch deren Ausübung durch einen bevollmächtigten Vertreter zulässig sei³⁰⁾. Wie weit das richtig ist, darüber herrscht Streit. Bei der Lösung des Problems muß scharf zwischen Innenverhältnis und

27) Hueck OHG 71

28) Näheres dazu: Hueck OHG 173 ff

29) BGHZ 36, 292; Baumbach-Duden § 125 Anm. 1 C; Schlegelberger-Gessler § 125 Anm. 4; a. A. OLG München ZAkDR 1937, 761

30) RGZ 2, 30 (32); Schilling in Festschr. f. Schmidt 215; v. Godin 119; unter Berufung auf RGZ 2, 30 auch Weipert § 139 Anm. 25; Schlegelberger-Gessler § 139 Anm. 25

Außenverhältnis der Gesellschaft unterschieden werden. Im Innenverhältnis bedeutet die organschaftliche Vertretungsmacht, daß jeder Gesellschafter den anderen Gesellschaftern gegenüber das Recht hat, die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Dieses Recht kann der Gesellschaftsvertrag nur innerhalb der vom Gesetz (§ 125) und Recht (insbesondere § 138 BGB) gezogenen Grenzen entziehen. Im Außenverhältnis hingegen kann dem Gesellschafter die Vertretungsmacht nur insoweit entzogen werden, als Dritte durch entsprechende Eintragungen im Handelsregister im Hinblick auf die Entziehung geschützt bleiben. Damit wird deutlich, daß es in der Tat zweifelhaft ist, ob die organschaftliche Vertretungsbefugnis auf einen Nichtgesellschafter übertragen werden kann, denn im Innenverhältnis bringt das die Gesellschafter in eine unzumutbare Abhängigkeit von der Willkür der Vertretungsberechtigten. Im Außenverhältnis treten für Dritte verschwommene und unklare Verhältnisse auf, denn die Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht auf einen Mitgesellschafter gehört nicht zu den Tatsachen, die fähig sind, in das Handelsregister eingetragen zu werden, da die dafür erforderliche gesetzliche Vorschrift fehlt. Der Fall, daß die organschaftliche Vertretungsmacht durch die Vertreterklausel durch einen Bevollmächtigten auszuüben ist, unterscheidet sich jedoch von dem Fall der Übertragung der Vertretungsbefugnis.

Der Gesellschaftererbe bleibt Träger der organschaftlichen Vertretungsmacht. Das bedeutet für das Innenverhältnis, daß der Gesellschafter durch die Vertreterklausel seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet ist, die organschaftliche Vertretungsmacht durch einen bevollmächtigten Vertreter ausüben zu lassen. Der so bestellte Vertreter handelt dann im Namen des Gesellschafters, den er vertritt, und gleichzeitig im selben Umfang wie sein Vollmachtgeber im Namen der Mitgesellschafter. Von ihm im Rahmen seiner Vollmacht abgegebene Erklärungen binden gem. § 164 BGB alle Gesellschafter gleichmäßig. Das bringt diese jedoch nicht in eine unzumutbare Abhängigkeit von der Willkür des Vertreters, denn dieser unterliegt dem Widerspruchsrecht der Gesellschafter, und er kann abberufen werden, auch gegen seinen Willen, ohne daß es einer ge-

richtlichen Entscheidung im Sinne von § 127 bedarf.

Die Bedenken, die im Innenverhältnis gegen eine Übertragung der organschaftlichen Vertretungsmacht bestehen, greifen daher bei der bloßen Bevollmächtigung, diese durch einen Vertreter ausüben zu lassen, nicht Platz.

Aber auch der Schutz Dritter (Außenverhältnis) wird nicht über das rechtlich zulässige Maß gefährdet. Zwar kann die Bevollmächtigung, die der Gesellschaftererbe durch die Vertreterklausel verpflichtet ist zu erteilen, nicht in das Handelsregister eingetragen werden, obwohl eine solche Vollmacht in der Regel über den Rahmen einer Prokura hinausgehen wird. Sie gehört jedoch nicht zu den eintragbaren Tatsachen. Das schadet aber im Hinblick auf den Schutz Dritter nichts. Denn trotz der Vertreterklausel bleibt der Erbe im Außenverhältnis kraft Organschaft in vollem Umfang vertretungsberechtigt; er ist denn auch als einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter im Handelsregister eingetragen, die ihm auferlegte Beschränkung durch die Vertreterklausel ist nach außen gem. § 126 Abs. 2 bedeutungslos. Sie gilt nur im Innenverhältnis. Der Gesellschaftererbe, der trotz vorhandener Vertreterklausel die Gesellschaft persönlich nach außen vertritt, macht sich u. U. seinen Mitgesellschaftern gegenüber schadensersatzpflichtig. Die Wirksamkeit seiner abgegebenen Erklärungen für die Gesellschaft wird durch die Vertreterklausel im Verhältnis zu Dritten jedoch nicht berührt.

Deswegen können gegen die Vertreterklausel auch dann keine Bedenken erhoben werden, wenn der letzte persönliche vertretungsberechtigte Gesellschafter stirbt und die Gesellschaft nur noch von Erben betrieben wird, die sämtlich an die Vertreterklausel gebunden sind. Zwar hat dieser Fall Ähnlichkeit mit der Situation, die entsteht, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag alle Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen sind. Gegen die Zulässigkeit einer derartigen Gesellschaftsvertragsbestimmung werden vielfach Bedenken erhoben ³¹⁾. Es sei, so wird argumentiert,

31) Weipert § 125 Anm. 4; Düringer-Hachenburg § 127 Anm. 9; Heins NJW 1948, 252 (254); Buchwald BB 1961, 1342; Baeumeister ZHR 55, 417; Bergmann ZAkDR 1937, 763

mit dem Wesen einer Personenhandels-gesellschaft nicht vereinbar, daß keiner der Gesellschafter in der Lage sei, die Gesellschaft nach außen zu repräsentieren.

Dagegen ist aber einzuwenden: wenn sich die Gesellschafter die Vertretungsmacht nehmen, tun sie das in aller Regel deshalb, weil keiner der Gesellschafter zum anderen so viel Vertrauen hat, daß er ihn im Besitz der gesetzlich vorgeschriebenen Einzelvertretungsmacht wissen möchte. Dieses Ziel können die Gesellschafter in rechtlich zulässiger Weise nur erreichen, wenn der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretungsmacht als Ausschluß von der ihnen gesetzlich zustehenden Einzelvertretungsmacht verstanden wird. Die Gesellschafter haben in diesem Fall Gesamtvertretungsmacht, sie bleiben Träger der organschaftlichen Vertretung. Sie werden allerdings in der Regel im Innenverhältnis verpflichtet sein, ihre Gesamtvertretungsmacht im Interesse der Gesellschaft nur dazu zu benutzen, einen geeigneten Vertreter mit einer umfassenden Vollmacht auszustatten und diesen, wenn es notwendig werden sollte, wieder abzurufen. Einer solchen Interpretation des Ausschlusses aller Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretung stehen rechtliche Bedenken nicht entgegen, denn im Innenverhältnis bringen sich die Gesellschafter nicht in unzumutbare Abhängigkeit von dem von ihnen gewählten Vertreter, da der Einfluß, den sie auf ihn ausüben können, nicht gering ist. Auch das Interesse Dritter wird in diesem Falle nicht berührt, denn die Gesamtvertretungsmacht ist vom Gesetz zugelassen, die darüber hinausgehende Bindung der Gesellschafter, diese nur zur Bestellung eines Vertreters zu benutzen, berührt die Interessen der Außenstehenden nicht, denn wenn alle Gesellschafter gemeinsam handeln, sind sie im Verhältnis zu Dritten immer gebunden, gleichgültig was sie in ihrem Innenverhältnis vereinbart haben. Da diese Regelung auch den praktischen Bedürfnissen gerecht wird, wird daher im zunehmenden Maße anerkannt, daß der Ausschluß aller Gesellschafter von der organschaftlichen Vertretungsmacht als Gesamtvertretung mit der Abrede diese lediglich zur Bestellung und Abberufung eines Bevollmächtigten zu

benutzen, zu verstehen ist ³²⁾ .

Der Meinung ist aus den dargelegten Gründen zuzustimmen. Deshalb bestehen auch keine Bedenken gegen die Vertreterklausel, selbst wenn alle Gesellschafter unter die Klausel fallen, zwar unterscheidet sich der Fall der Vertreterklausel etwas von dem zuletzt besprochenen Fall, denn die Gesellschaftererben behalten ihre Einzelvertretungsmacht. Sie sind aber im Innenverhältnis gegenüber ihren Mitgesellschaftern dazu verpflichtet, ihre Einzelvertretungsmacht lediglich zur Bestellung und Abberufung eines oder mehrerer gemeinschaftlicher Vertreter zu benutzen. Im Ergebnis kommt das also auf den im vorhergehenden besprochenen Fall hinaus.

Dem Vertreter haben sie deshalb so weitgehende Vollmacht zu erteilen, daß dieser alle Vertretungshandlungen vornehmen kann. Eine solche über den Rahmen einer Prokura hinausgehende Generalvollmacht ist, obwohl sie nicht im Handelsregister eingetragen werden kann, zulässig, denn außenstehende Dritte werden durch § 126 hinreichend geschützt.

Zweckmäßig ist allerdings, wenn die Erben zusätzlich zur Vertreterklausel verpflichtet werden, Gesamtvertretung zu vereinbaren, da die Einzelvertretungsmacht trotz der im Innenverhältnis bestehenden Bindung der Gesellschafter große Gefahren für die Gesellschaft bringen kann.

c) Der Erbe hat weder Stimmrecht noch Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht.

Hat der Erbe weder Stimmrecht noch Geschäftsführungsbefugnis noch Vertretungsmacht, hat die Vertreterklausel wenig Bedeutung.

Während ein OHG-Gesellschafter von der Geschäftsführungs- und

³²⁾ BGHZ 36, 292 (295); 33, 105; Schlegelberger-Gessler § 127 Anm. 13; Baumbach-Duden § 127 Anm. IC; Fischer NJW 1959, 1057 (1061); und Hueck OHG 176 und 190

Vertretungsbefugnis ohne weiteres ausgeschlossen werden kann ³³⁾, ist es bestritten, ob dem OHG-Gesellschafter überhaupt das Stimmrecht entzogen werden kann ³⁴⁾. Eine grundsätzliche Stellungnahme zu diesem Streit ist aber hier nicht erforderlich. Denn auch diejenigen, die die m. E. richtige Ansicht vertreten, daß das Stimmrecht entzogen werden kann, weisen zu Recht darauf hin, daß es dem so belasteten Gesellschafter nicht zugemutet werden könne, auch von der Mitwirkung an solchen Gesellschafterbeschlüssen ausgeschlossen zu sein, die eine wesentliche Erhöhung der Gesellschafterpflichten mit sich brächten oder die ungleichmäßige Behandlung des betreffenden Gesellschafters zur Folge hätten ³⁵⁾. Diese Grenze gilt aber, wie oben festgestellt, auch für die Ausübung des Stimmrechts durch einen bevollmächtigten Vertreter. Der dem Gesellschaftsverhältnis innewohnende Treuegedanke läßt es nicht zu, daß der Gesellschafter sich bei Gesellschafterbeschlüssen vertreten lassen muß, die in unzumutbarer Weise in seine Rechtsstellung als Gesellschafter eingreifen ³⁶⁾.

Ist der Gesellschafter von Geschäftsführung, Vertretung und Stimmrecht ausgeschlossen, wirkt sich die Vertreterklausel daher nur noch bei den wenigen dem Gesellschafter verbleibenden Rechten aus. Das ist etwa der Fall beim Informations- und Kontrollrecht. Dieses kann jedoch nur insoweit im Namen der Erben von dem Vertreter wahrgenommen werden, als nicht § 118 Abs. 2 entgegensteht, d. h. soweit nicht Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung der anderen Gesellschafter besteht. Der Vertreter kann dann u. U. auch das Entnahmerecht der Gesellschaftererben geltend machen. Nicht dagegen kann er die Erben bei der Ausübung ihres Rechts, die Auflösung der Gesellschaft gem. § 133 Abs. 1 geltend zu machen, vertreten. Dem steht die zwingende Vorschrift des § 133 Abs. 3 entgegen. Die

33) Hueck OHG 91 für die Geschäftsführungsbefugnis und 175 für die Vertretungsmacht

34) Mit Einschränkungen dafür Hueck OHG 107 a. A. Heins NJW 1948, 253

35) vgl. etwa BGHZ 20, 363 (368 ff); Hueck OHG 107 m. w. N.

36) vgl. oben S. 30 ff

Vertreterklausel entfaltet daher für den Fall, daß die Erben von Geschäftsführung und Vertretung sowie dem Stimmrecht ausgeschlossen sind, keine besondere Wirkung, weshalb für diesen Fall die Vertreterklausel auch nicht oft zu finden sein wird. Die Rechte der Erben sind durch den Entzug der Mitverwaltungsrechte ohnehin stark eingeschränkt. Eine weitere Beschränkung durch die Vertreterklausel wird in der Regel nicht im Interesse der Gesellschaft und der Gesellschafter liegen.

II. Wirksamkeitsvoraussetzung und Ausgestaltungsmöglichkeiten der Vertreterklausel

1. Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag

Die Vertreterklausel betrifft die Beziehungen der Gesellschafter zueinander. Damit fällt ihre Festsetzung nicht unter die Rechtsgeschäfte, die die Gesellschafter im Rahmen ihrer Geschäftsführungsbefugnis tätigen können¹⁾. Sie muß vielmehr in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. War die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag noch nicht vorhanden, bedeutet ihre Aufnahme eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. Diese kann grundsätzlich nur erfolgen, wenn alle Gesellschafter zustimmen (§ 119 Abs. 1). Sieht der Gesellschaftsvertrag jedoch vor, daß bei Gesellschafterversammlungen die Mehrheit der Stimmen auch bei Gesellschaftsvertragsänderungen entscheiden soll, so fragt es sich, ob ein Mehrheitsbeschluß für die Aufnahme der Vertreterklausel genügt.

Das wäre der Fall, wenn die Aufnahme der Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag nicht jenseits der Grenzen läge, innerhalb derer Gesellschafterbeschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip durchgeführt werden können. Nach ständiger Rechtsprechung²⁾ unterliegen nur ganz ungewöhnliche Beschlüsse nicht dem Mehrheitsprinzip. Dabei sind ganz ungewöhnliche Beschlüsse, solche Beschlüsse, die einzelne Gesellschafter in eine unzumutbare Abhängigkeit von der Willkür der anderen bringen³⁾ oder solche, die etwa eine unge-

¹⁾ Hueck OHG 69

²⁾ RGZ 91, 166; 163, 385; BGHZ 8, 35

³⁾ Hueck OHG 111

wöhnliche Erhöhung der Pflichten einzelner Gesellschafter unter Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zur Folge haben ⁴⁾ .

Im vorigen Abschnitt wurde aber festgestellt, daß die Vertreterklausel die Erbengesellschafter nicht in eine unzumutbare Abhängigkeit von den Mitgesellschaftern bringt, da der Einfluß der Erbengesellschafter auf die Gesellschaft nach wie vor erheblich ist.

Ebenso hat die Vertreterklausel nicht eine Erhöhung der Pflichten der Erbengesellschafter unter Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter zur Folge. Zwar könnte man meinen, daß die Verpflichtung, sich hinsichtlich der Ausübung der Rechte in der Gesellschaft vertreten lassen zu müssen, eine Erhöhung der Pflichten der Gesellschaftererben unter deren ungleichmäßiger Behandlung gegenüber den übrigen Gesellschaftern bedeuten würde. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird aber für das Gesellschaftsrecht so formuliert:

"Daß die Gesellschafter unter gleichen Bedingungen gleiche Vorteile erhalten und gleiche Lasten tragen, sofern sie nicht selbst einer abweichenden Behandlung zustimmen" ⁵⁾ . Es fragt sich deshalb, ob die Erbengesellschafter gegenüber den übrigen Gesellschaftern durch die Vertreterklausel ungleichmäßig behandelt werden. Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf OHG-Gesellschafter setzt aber bisher gleichstehende Gesellschafter voraus in dem Sinne, daß niemand sich gefallen zu lassen braucht, daß er schlechter behandelt wird als andere Gesellschafter, die ihm bisher gleichstanden ⁵⁾ . Die Erbengesellschafter unterscheiden sich aber von den anderen Gesellschaftern dadurch, daß ihnen der Eintritt in die Gesellschaft durch den Erbfall ermöglicht wird. Sie werden nicht wie sonstige Gesellschafter durch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Aufzunehmenden und den ursprünglichen Gesellschaftern Mitglied der Gesellschaft.

4) BGHZ 8, 35 (42)

5) Hueck OHG 67

Das birgt für die Gesellschaft Gefahren, da die Gesellschafter, die die Erbfolgeklausel vereinbaren, u. U. ihre Erben noch gar nicht kennen, während sie sonst genau wissen, mit wem sie die Aufnahme in die Gesellschaft vereinbaren und sich darauf einstellen können. Eine unterschiedliche Behandlung (wenn man das so nennen will) der Gesellschaftererben durch die Vertreterklausel setzt daher bereits bei einer von sonstigen Gesellschaftern unterschiedenen Gesellschaftergruppe an, und zwar bei gegenüber den sonstigen Gesellschaftern im Hinblick auf ihren Eintritt in die Gesellschaft zu unterscheidenden Gesellschaftern. Dieser verschiedene Eintritt rechtfertigt aber eine verschiedene Regelung der Folgen des Eintritts, so daß durch die Vertreterklausel nicht bisher Gleiches ungleich behandelt wird. Die Aufnahme der Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag bewirkt somit keinen Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter, so daß ihrer Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag durch das Mehrheitsprinzip nichts im Wege steht ⁶⁾.

2. Die Vertreterklausel in letztwilligen Verfügungen

Die Aufnahme der Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag ist darüber hinaus unbedingte Wirksamkeitsvoraussetzung für die Verpflichtung und Berechtigung der Erben, zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte einen Vertreter zu bevollmächtigen. Die Anordnung der Vertreterklausel durch letztwillige Verfügung (Testament, Erbvertrag) allein genügt nicht. Denn die Vertreterklausel verhindert weitgehend die persönliche Ausübung der Mitgliedschaftsrechte. Diese sind jedoch im Interesse der Mitgesellschafter individualbezogen und deshalb grundsätzlich persönlich auszuüben. Die Mitgesellschafter brauchen es sich nicht gefallen zu lassen, daß eine ihnen womöglich völlig unbekannte Person ohne ihre Zustimmung Rechte eines Mitgesellschafters in der OHG wahrnimmt ⁷⁾.

Auch das ist letztlich eine Auswirkung der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander. Die Treuepflicht gegenüber den Mitgesell-

⁶⁾ so für die KG auch Hueck ZHR 125, 11, 12

⁷⁾ Richardi 18

schaftern gebietet dem Gesellschaftererben vor der Bevollmächtigung eines Vertreters die erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter zu diesem Schritt einzuholen. Er muß mit anderen Worten eine Änderung des Gesellschaftsvertrages herbeiführen, die die Bevollmächtigung zuläßt. Die letztwillige Verfügung hat zwar für die Erben Bedeutung, im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern wirkt sie jedoch nicht.

3. Modalitäten der Vertreterklausel in letztwilligen Verfügungen

Dennoch erscheint es denkbar, daß gewisse Modalitäten, etwa betreffend die Person, die Wahl und Abberufung des Vertreters oder die Verpflichtung des Erben überhaupt, einen Vertreter wählen zu müssen, durch letztwillige Verfügung festgelegt werden können. Zwar ist es zweckmäßig, solche Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag zu treffen, da dann alle Gesellschafter und Gesellschaftererben daran gebunden sind, womit in der Regel dem Interesse der Gesellschaft am weitestgehenden gedient sein wird. Für die Wirksamkeit der Vertreterklausel genügt indessen, wenn der Vertrag eine Bestimmung enthält, die die Vertretung der Erben vorschreibt oder diese doch zumindest zuläßt. Weiter braucht der Gesellschaftsvertrag nichts zu enthalten.

a) Verpflichtung der Erben, sich vertreten zu lassen durch letztwillige Verfügung

Die Vertretung der Erben ist durch die Vertreterklausel, wie sie eingangs der Arbeit definiert wurde ⁸⁾, durch den Gesellschaftsvertrag für die Erben zwingend vorgeschrieben. Die Erben müssen sich vertreten lassen, dazu sind sie durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet. Für die Zulässigkeit der Vertretung genügt indessen, wenn der Gesellschaftsvertrag die Vertretung lediglich zuläßt, jedoch nicht zwingend vorschreibt. In einem solchen Fall fragt es sich, ob der einzelne Gesellschafter dann in der Lage ist, die Verpflichtung seiner Erben, sich vertreten zu lassen, durch letztwillige Verfügung zu erreichen.

⁸⁾ vgl. oben S. 15

Man könnte daran denken, daß der Erblasser dies durch eine Auflage oder Bedingung erreichen kann. In der Tat hat der BGH in seiner Entscheidung vom 18. 1. 1954 ⁹⁾ für das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns entschieden, daß der Erbe durch eine Auflage oder eine Bedingung in einer letztwilligen Verfügung dazu verpflichtet werden könne, zur Ausübung seiner Rechte in dem Handelsgeschäft den Testamentsvollstrecker zu bevollmächtigen. Es sei, so führt der BGH aus, möglich, daß der TV wie jeder andere Bevollmächtigte das Geschäft unter dem Namen des Erben und dessen persönlicher Haftung fortführe. Dazu sei es rechtlich möglich, daß der Erblasser durch letztwillige Anordnung einer entsprechenden Bedingung oder Auflage den Erben verpflichten könne, dem TV die Befugnis einzuräumen, auch über den Rahmen des § 2206 BGB hinaus persönliche Verpflichtungen einzugehen. Damit seien keine, den Erben unzumutbare Gefahren verbunden. Der Erbe könne die Erbschaft ausschlagen. Zudem hafte der TV dem Erben gem. § 2219 BGB für jegliches Verschulden, der Erbe sei berechtigt, vom TV Auskünfte und eine regelmäßige Rechnungslegung zu verlangen. Wichtige Gründe gäben dem Erben das Recht gem. § 2217 BGB.

Diese Auffassung des BGH wird von der Literatur zum Teil geteilt ¹⁰⁾. Der vom BGH entschiedene Fall ist auch für das vorliegende Problem von entscheidender Bedeutung, denn es macht keinen Unterschied, ob der TV oder eine sonstige Person zur Wahrnehmung der Rechte eines Erben in einem Handelsgeschäft bevollmächtigt werden soll. Das scheint, nicht klar erkannt zu werden. Wenn nämlich der TV vom Erben bevollmächtigt wird, ihn zu vertreten, dann führt der TV, wie der BGH selbst ausführt, das Geschäft wie jeder andere Bevollmächtigte, also gerade nicht aufgrund seines Amtes als TV. Dann können für Haftung, Abberufung, Weisung usw., aber auch nicht die Vorschriften des TV-Rechts gelten, wie der BGH in seiner Entscheidung Band 12, 100 meint, vielmehr finden, wie noch näher zu besprechen sein wird, die einer rechtsgeschäftlichen Voll-

9) BGHZ 12,100

10) Schlegelberger-Gessler § 139 Anm. 14; Erman-Hense § 2205 Anm. 5; Holch DNotZ 1958, 294

macht zugrunde liegenden Auftragsregeln Anwendung ¹¹⁾ .

Zudem haftet sowohl der Erbe des Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns als auch der Erbe eines OHG-Gesellschafters grundsätzlich persönlich und unbeschränkt für die Schulden des Geschäftes oder der OHG.

Es ist aber zweifelhaft, ob der Entscheidung des BGH im vollen Umfang zugestimmt werden kann. Siebert hat m. E. mit Recht darauf hingewiesen, daß es fraglich erscheint, ob der Erblasser den Erben mit Hilfe einer Auflage oder einer Bedingung so weitgehende, über den eigentlichen Nachlaß hinausgehende Verpflichtungen auferlegen könne ¹²⁾ .

aa) Auflage

Die Auflage ist eine letztwillige Anordnung, die nach der gesetzlichen Regelung (§§ 1940, 2192 ff) den Erben zu einer Leistung verpflichtet, die auf den Nachlaß Bezug hat und auf diesen beschränkt ist ¹³⁾ . Zwar kann der Erblasser den Erben auch Leistungen zur Auflage machen, die keinen direkten Bezug zum Nachlaß haben, aber mindestens wirtschaftlich betrachtet muß die Leistung aus dem Nachlaß stammen ¹⁴⁾ . Der Erbe kann seine Haftung für die Verbindlichkeiten aus der Auflage auf den Nachlaß beschränken, er braucht dazu nicht einmal das förmliche Verfahren gem. §§ 1975 ff zu beachten. (§§ 1992, 1990, 1991 BGB) ¹⁵⁾ . Dieses Recht der Haftungsbeschränkung kann zwar durch den Erben selbst, niemals aber durch den Erblasser oder sonstige Personen (z. B. Nachlaßpfleger) beseitigt werden.

Deswegen erscheint es aber zweifelhaft, ob eine Auflage, die den Erben verpflichtet, einem Vertreter Vollmacht zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten in einer OHG zu erteilen, zulässig ist. Zwar schließt die Vollmachtserteilung nicht unmittelbar ein, daß der Erbe

¹¹⁾ Auf diese Tatsache scheinen neuerdings der BGH in JR 1954, 59 und wohl auch Erman-Hense § 2206 Anm. 3 am Ende hinweisen zu wollen.

¹²⁾ Siebert Festschr. f. Hueck 333; ihm folgend auch Richardi 48 ff

¹³⁾ Kipp-Coing 271; Staudinger-Seybold Vorbem. 1 vor § 2192

¹⁴⁾ Siebert a. a. O. 333; Staudinger-Seybold Vorbem. 2 vor § 2192

mit neuen Verpflichtungen belastet wird, für die er im Rahmen seiner Gesellschafterstellung unbeschränkt und unbeschränkbar haften müßte. Die Vollmacht ist jedoch die Rechtsgrundlage für die Handlungen des Vertreters, die über § 164 BGB den Erben unmittelbar binden und den Erben weit über en Nachlaß hinaus belasten können. Ohne Vollmacht hätten die Handlungen des Vertreters keine bindende Wirkung für den Erben (§ 177 BGB). Der Erbe seinerseits ist als OHG-Gesellschafter jedoch nicht berechtigt, die Haftung für die Verpflichtungen, die der Vertreter für ihn eingeht, auf den Nachlaß zu beschränken, obwohl ihm dieses Recht nach erbrechtlichen Gesichtspunkten zwingend zustehen müßte ¹⁶⁾. Eine Auflage, durch die der Erbe verpflichtet wird zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte, aus einer OHG-Beteiligung einen Vertreter zu bevollmächtigen, ist deshalb unzulässig ¹⁷⁾.

Dagegen kann man nicht einwenden, daß das Ergebnis dasselbe sei, wenn der Erbe durch den Gesellschaftsvertrag zur Bevollmächtigung verpflichtet wäre. So gesehen könne es keinen Unterschied machen, ob die Verpflichtung des Erben aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus der letztwilligen Verfügung herrühre.

Dazu ist zu sagen, daß der Umfang der Verpflichtung des Erben verschieden ist je nach dem, ob der Erbe durch eine Auflage in einer letztwilligen Verfügung oder durch eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag zur Bevollmächtigung eines Vertreters gezwungen wird. Während der Erbe durch gesellschaftsvertragliche Klauseln nur den Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet ist und diese in ihrem Forderungsrecht durch ihre Treuepflicht im oben aufgezeigten Umfang beschränkt sind ¹⁸⁾, besteht die Verpflichtung der Vollziehung der Auflage unter Umständen allen in § 2194 BGB genannten Personen gegenüber, also etwa dem Nächstbeschwereten, Miterben, Erbenerben, TV usw. gegenüber. Wenn diese aber nicht selber auch Gesellschafter sind, dann unterliegt ihr "Forderungsrecht" nicht den oben aufgezeigten gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen. Denn diese Beschränkungen gelten für die Ge-

¹⁶⁾ vgl. dazu Näheres oben S. 8

¹⁷⁾ Siebert Festschr. f. Hueck 333; Richardi 51 für den TV als Bevollmächtigten

¹⁸⁾ vgl. oben S. 30 ff

sellschafter deshalb, weil sie Kontrahenten des Gesellschaftsvertrages sind. Fehlt die Bindung durch den Gesellschaftsvertrag, dann sind die in § 2194 BGB genannten Personen aber berechtigt, die Vollziehung der Auflage in vollem Umfang zu verlangen. Da ein solches Verlangen u. U. über zwingendes Gesellschaftsrecht hinausgehen kann, sind den Bevollmächtigungs-Auflagen auch vom Gesellschaftsrecht hinsichtlich ihrer Zulässigkeit scharfe Grenzen gezogen. Zudem kann die Auflage auch nicht beseitigt werden. Sie haftet der Erbschaft an ¹⁹⁾. Jeder potentielle Erbe ist mit ihr beschwert. Die Klausel im Gesellschaftsvertrag hingegen kann u. U. sogar durch Mehrheitsbeschluß beseitigt werden, jedenfalls mit Zustimmung aller Gesellschafter. Deshalb findet die oben aufgezeigte Rechtslage, daß nämlich die Auflage, die den Erben zur Bevollmächtigung verpflichtet, unzulässig sei, auch vom Ergebnis her ihre Rechtfertigung. Der Auffassung des BGH, der eine derartige Auflage für zulässig hält, kann daher nicht zugestimmt werden.

bb) Bedingung

Anders liegen die Dinge, wenn der Erblasser die Vertretung zur Bedingung macht. Gem. §§ 2074, 2075 BGB kann der Erblasser eine letztwillige Zuwendung von der Erfüllung einer Bedingung auflösend oder aufschiebend abhängig machen. Es ist daher rechtlich auch möglich, jemanden zum Erben einer Mitgliedschaft in einer OHG einzusetzen unter der Bedingung, daß er die Mitgliedschaftsrechte nicht persönlich ausübt. Denn im Gegensatz zur Auflage wird der Erbe durch die Bedingung nicht zur Bevollmächtigung eines Vertreters verpflichtet. Diese ist lediglich Voraussetzung für den Erbanfall und steht damit im Belieben des Bedachten. Damit beläßt die Bedingung im Gegensatz zur Auflage dem Erben grundsätzlich die Handlungsfreiheit, mag auch die Aussicht, durch die Mitgliedschaft in der OHG Vermögensvorteile zu erlangen, den Willensentschluß des Erben beeinflussen.

Der Erblasser kann deshalb seinen Erben durch die Anordnung einer entsprechenden Bedingung dazu zwingen, zur Ausübung seiner

¹⁹⁾ Staudinger-Seybold § 2160 Anm. 63

Mitgliedschaftsrechte in der OHG einen Vertreter zu bevollmächtigen. Insofern ist dem BGH zuzustimmen²⁰⁾. Dabei ist jedoch, darauf hat Siebert zutreffend hingewiesen, zu berücksichtigen, daß es selten der Wille des Erblassers sein wird, die Erbeinsetzung von der Erfüllung der Vertreterbedingung abhängig zu machen. Zumindest kann man einen solchen Willen nicht ohne weiteres der im Testament enthaltenen Bedingung entnehmen. Denn es soll der Sinn dieser Bedingung sein zu erreichen, daß die Mitgliedschaft des Erben zweckmäßig und fachmännisch verwaltet wird. Andererseits soll aber der Erbe in den Genuss der Erträge aus der Mitgliedschaft kommen, dazu muss aber der Erbe auch wirklich die Mitgliedschaft im Erbgang erwerben können. Geht der Erbe auf die Vertreterbedingung nicht ein, dann kommt das im Ergebnis einer Ausschlagung der Erbschaft, soweit die Mitgliedschaft in der Gesellschaft betroffen ist, gleich. Diese Rechtsfolge würde daher dem Zweck der Bedingung widersprechen. Wenn der Erblasser auch diese Folge wollte, müsste er das m. E. im Testament gesondert zum Ausdruck bringen.

Deshalb wird es in jedem Falle zweckmäßig sein, wenn die Verpflichtung, die Mitgliedschaftsrechte der Erben durch einen bevollmächtigten Vertreter ausüben zu lassen, im Gesellschaftsvertrag in Form der eingangs definierten Vertreterklausel niedergelegt wird. Die letztwillige Verfügung ist in der Regel nicht geeignet, den durch die Vertreterklausel wirtschaftlich gewollten Erfolg herbeizuführen.

b) Sonstige die Vertreterklausel betreffende letztwillige Anordnungen

Ist der Gesellschaftererbe durch die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag verpflichtet, zur Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte einem anderen Vollmacht zu erteilen, so kann der Erblasser in einer letztwilligen Verfügung doch gewisse, die Vertretung betreffende Anordnungen treffen. Er muß dabei allerdings jeweils beachten, daß durch solche letztwilligen Anordnungen nicht gegen die

²⁰⁾ Siebert, Festschr. f. Hueck 334; Richardi 52; Kipp-Coing 489

erbrechtlichen Haftungsbestimmungen oder gegen Grundsätze des Gesellschaftsrechts verstoßen wird.

aa) Anordnung, eine bestimmte Person zu bevollmächtigen

Zunächst wäre daran zu denken, daß der Erblasser seine Erben durch eine entsprechende testamentarische Auflage dazu verpflichten könnte, eine bestimmte Person, etwa den TV, aufgrund der Vertreterklausel zu bevollmächtigen. Eine solche Auflage wäre zulässig, wenn weder erb- noch gesellschaftsrechtliche Bedenken dagegen bestünden.

Erbrechtliche Bedenken gegen die Auflage eine bestimmte Person zu bevollmächtigen wären gegeben, wenn dem Erben damit eine über den Nachlass hinausgehende Verpflichtung auferlegt würde. Wenn die Auflage nur dann und nur solange erfüllt wäre, wie der Erbe der vom Erblasser bestimmten Person tatsächlich Vollmacht erteilt hat, wenn also die Auflage dann nicht vollzogen wäre, sobald der Erbe aus welchem Grund auch immer die Vollmacht widerruft, dann würde die Auflage im Ergebnis die Verpflichtung zur Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht enthalten. Eine solche Verpflichtung wäre in der Tat, weil über den Nachlass hinausgehend, unzulässig.

Da die Auflage aber mit der Bevollmächtigung der vom Erblasser bestimmten Person erfüllt ist, ist der Erbe mit der bloßen Vollmachtserteilung von der Auflage befreit. Der Erblasser muß, wenn der Erbe auch hinsichtlich des Widerrufs dieser Vollmacht beschwert sein soll, in der Auflage besondere Anordnungen über den Widerruf treffen. Über die Zulässigkeit solcher Anordnungen soll im folgenden Abschnitt gesprochen werden.

Gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen obige Auflage wären einmal gegeben, wenn dem Erben die Verpflichtung zur Bevollmächtigung einer bestimmten Person nicht zugemutet werden könnte. Da aber die Auflage, wie festgestellt, keine Vorschriften über die Widerruflichkeit enthält, die vom Erben zu erteilende Vollmacht also grundsätzlich nicht unwiderruflich ist, zudem der Einfluß, den der Erbe auf den Vertreter ausüben kann, wie noch gezeigt wird ²¹⁾,

21) siehe unten S. 62 ff

nicht gering ist, kann dem Erben die Verpflichtung, eine bestimmte Person zu bevollmächtigen, zugemutet werden.

Gesellschaftsrechtliche Bedenken könnten sich weiterhin ergeben, wenn der vom Erblasser bestimmten Person Interessen der Mitgesellschafter entgegenstehen. Denn der Erblasser ist als Gesellschafter seinen Mitgesellschaftern gegenüber aus dem Treueverhältnis verpflichtet, alles zu unterlassen, was den berechtigten Interessen der Gesellschaft und damit auch den berechtigten Interessen der Mitgesellschafter schadet. Er macht sich deshalb einer Vertragsverletzung schuldig, wenn er in der testamentarischen Auflage eine Person bestimmt, der berechnigte Interessen der Mitgesellschafter entgegenstehen. Der Erblasser ist daher insoweit in seiner Testierfreiheit durch seine gesellschaftsvertraglichen Bindungen beschränkt, als er eine, den berechtigten Interessen seiner Mitgesellschafter zuwiderlaufende Person nicht in der Auflage bestimmen darf. Tut er es dennoch, dann riskiert er, daß die in § 2194 BGB genannten Personen die Vollziehung der Auflage nicht verlangen können, weil die Erben durch die Vollziehung eine gesellschaftsvertragliche Pflicht verletzen würden. Dadurch würde die Auflage aber praktisch wirkungslos sein. Sind die Mitgesellschafter jedoch mit der vom Erblasser bestimmten Person als Vertreter seiner Erben einverstanden, dann bestehen auch im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern keine gesellschaftsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung einer bestimmten Person durch eine testamentarische Auflage.

Es bestehen dann gegen die Auflage, eine bestimmte Person bevollmächtigen zu müssen, weder erbrechtliche noch gesellschaftsrechtliche Bedenken. Sie ist deshalb zulässig.

bb) Anordnung, der Erschwerung des Widerrufs

Gegen ein allzuleichtes Beiseiteschieben der Auflage durch Widerruf kann der Erblasser sich schützen, indem er gleichzeitig anordnet, daß der Widerruf nur aus wichtigem Grund zulässig ist. Bei einem Widerruf ohne wichtigen Grund wäre dann die Verpflichtung aus der Auflage nicht erfüllt. Die in § 2194 BGB genannten Personen könnten nach wie vor die Vollziehung der Auflage verlangen.

Wenn der Erblasser dem Widerruf an das Vorliegen eines wichtigen Grundes knüpft, wird dadurch nicht gegen erbrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Grundsätze verstoßen, wie das der Fall sein würde, wenn der Erblasser die Erben in der Auflage dahin beschweren würde, daß ihre Vollmacht an dem vom Erblasser bestimmten Vertreter unwiderruflich sein müßte. Denn gegen die Auflage einer unwiderruflichen Vollmacht bestehen sowohl erbrechtliche als auch gesellschaftsrechtliche Bedenken. Erbrechtlich gesehen führt eine unwiderrufliche Vollmacht zu einer ähnlichen Beschwerung der Erben, wie die letztwillige Anordnung der Verpflichtung, einen Vertreter zu bestellen. Denn auch durch die Auflage einer unwiderruflichen Vollmacht ist der Erbe durch den Erblasser gebunden, sich die Haftung über den Nachlaß hinaus durch die Handlungen des Vertreters gefallen zu lassen, ohne daß er jemals etwas dagegen tun könnte. Soweit geht aber die Macht des Erblassers, wie oben gezeigt wurde, nicht.

Auch vom Gesellschaftsrecht her gesehen wäre die Auflage einer unwiderruflichen Vollmacht undurchführbar. Denn, wie oben festgestellt, ist der Rechtsprechung des BGH zu folgen ²²⁾, wonach eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht einer Stimmrechtsabtretung gleichkommt, so daß beides, als gegen die guten Sitten verstoßend, gem. § 138 nichtig ist.

Bindet der Erblasser durch Auflage den Widerruf der Vollmacht hingegen an einen wichtigen Grund, so besteht das erbrechtliche Bedenken deshalb nicht, weil der Erbe die Möglichkeit hat, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von der Verpflichtung frei zu werden. Ebenso entfällt auch das gesellschaftsrechtliche Bedenken, da der Erbe nicht der Willkür des Vertreters in sittenwidriger Weise ausgeliefert ist, denn wenn wichtige Gründe vorliegen, kann er die Vollmacht widerrufen.

22)
BGHZ 3, 354

4. Modalitäten der Vertreterklausel im Vertrag der Erben untereinander

Sind mehrere Erben vorhanden, können diese gewisse die Vertreterklausel betreffende Modalitäten auch in einem Vertrag unter sich festlegen. Ein solcher Vertrag würde eine Art Gesellschaftsverhältnis im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter den Erben schaffen²³⁾. Die Erben wären dann im Hinblick auf die Zulässigkeit solcher Abmachungen in erster Linie den Regeln über die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts unterworfen. Sie könnten deshalb den Vertreter betreffende Abmachungen treffen, sofern nicht zwingendes Gesellschaftsrecht entgegensteht.

Die Erben könnten daher z. B., wenn der OHG-Gesellschaftsvertrag nur die Möglichkeit eröffnet, einen Vertreter zu bestellen, jedoch nicht dazu zwingt, sich gegenseitig vertraglich verpflichten, zur Wahrnehmung ihrer Interessen in der OHG einen Vertreter zu bestellen.

Sie können sich auch schon vor dem Tod des Erblassers verpflichten, im Falle des Todes eine bestimmte Person zum Vertreter zu wählen.

Ebenso können sie über die Abberufung des Vertreters etwas vereinbaren, etwa daß der Vertreter nur aus wichtigen Gründen abberufen werden kann.

Sie können allerdings nicht vereinbaren, daß eine einmal gegebene Vollmacht unwiderruflich sein soll, das könnte zwar grundsätzlich Inhalt eines BGB-Gesellschaftsvertrages sein, da in diesem Fall der BGB-Gesellschaftsvertrag aber den Zweck verfolgt, die Rechte der Erben in einer OHG wahrzunehmen, und die Erben gleichzeitig alle OHG-Gesellschafter sind, ergeben sich insofern gewisse Schranken vertraglicher Vereinbarungen auch aus dem Recht der OHG. Dieses läßt, wie oben ausgeführt, die unwiderrufliche Vollmacht nicht zu. Die Erben können aber nicht, was ihnen als OHG-Gesellschafter verboten ist, auf einer anderen Ebene, eben der der

23) Dazu näher unten S. 54

BGB-Gesellschaft vollziehen; so etwas wäre eine Umgehung des im Rahmen des OHG-Gesellschaftsvertrags gem. § 138 BGB Verbotenen. Deshalb würde eine dahingehende Klausel auch in dem BGB-Gesellschaftsvertrag nichtig, weil gegen § 138 BGB verstoßend, sein.

III. Die einzelnen sich aus der Vertreterklausel ergebenden Rechtsbeziehungen

1. Rechtsbeziehungen der Erben untereinander

Sind mehrere Erben vorhanden, so bestimmt sich ihr Verhältnis untereinander nicht nach den Regeln über die Miterbengemeinschaft (§§ 2032 ff). Denn eine Miterbengemeinschaft kann, das ist allgemein anerkannt, nicht Mitglied einer OHG sein ¹⁾. Das erklärt sich in erster Linie aus der Verschiedenheit der Haftung. Denn während die OHG unbeschränkte persönliche Haftung jedes Gesellschafters zwingend voraussetzt, haften die Erben in einer Miterbengemeinschaft nur mit ihrem Anteil am Nachlaß, nicht aber, wie es für die Mitgliedschaft in einer OHG erforderlich wäre, mit ihrem sonstigen Vermögen.

Daher wird mit dem Erbfall jeder Erbe Gesellschafter, jedem einzelnen Erben steht eine selbständige und vollwertige Mitgliedschaft zu, so daß unter den Erben auch keine Bruchteilsgemeinschaft im Sinne des § 741 BGB besteht. Vielmehr besteht zwischen den von der Vertreterklausel betroffenen Erben (darauf wurde oben schon hingewiesen) ein Gesellschaftsverhältnis im Sinne einer BGB-Gesellschaft. Sie bilden in der OHG eine Untergesellschaft ²⁾. Zu diesem gesellschaftlichen Zusammenschluß sind die Erben durch die Vertreterklausel verpflichtet. Zweck der Gesellschaft ist die gemeinsame Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte.

Es fehlt zwar zunächst ein eigentlicher Gesellschaftsvertrag. Mit Recht weist Hueck jedoch darauf hin ²⁾, daß die Vertreterklausel, die ihrerseits auf Vertrag beruht, die Gesellschaftererben zu dem gesellschaftlichen Zusammenschluß verpflichtet. Diese Verpflichtung erfüllen sie dadurch, daß sie die Wahl eines Vertreters durch-

¹⁾ BGHZ 22, 192; Schlegelberger-Gessler § 139 Anm. 25; Weipert § 139 Anm. 25; Hueck OHG 17 und 265

²⁾ Hueck ZHR 125, 13

führen. Gleichgültig ob diese Wahl Erfolg hat oder nicht, so ist in der Veranstaltung der Wahl zumindest der stillschweigende Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrages zu erblicken.

Andererseits können die Erben diesen Gesellschaftsvertrag beliebig ausgestalten, indem sie Einzelheiten, die die Wahl, die Person oder Abberufung oder Weisungen des Vertreters betreffen, festlegen, sofern sie sich im Rahmen des nach dem Recht der BGB-Gesellschaft (§§ 705 ff BGB) zulässigen halten. Im Verhältnis zur OHG sind die Gesellschaftererben bei Abschluß des BGB-Gesellschaftsvertrages allerdings verpflichtet, sich bei ihren Abmachungen auch innerhalb der Bestimmungen des OHG-Gesellschaftsvertrages zu halten, da sie andernfalls ihre vertraglichen Pflichten gegenüber den Mitgesellschaftern verletzen.

2. Die Rechtsstellung des Vertreters gegenüber dem Erben

Die Frage, nach welchen Rechtsnormen die Stellung des Vertreters gegenüber den Erben zu beurteilen ist, läßt sich nicht ganz einheitlich beantworten. Es wird sich zeigen, daß man unterscheiden muß, ob es der Vertreter mit einem oder mehreren Erben zu tun hat, deren Rechte er vertreten soll; die Rechtslage ist auch verschieden, je nach dem, ob der Vertreter gleichzeitig Erbe ist oder nicht.

a) Zur Person des Vertreters

aa) Der Gesellschaftsvertrag enthält eine die Person des Vertreters betreffende Regelung.

Von Bedeutung ist zunächst, wer zum Vertreter bestellt werden kann. Denkbar ist, daß der OHG-Gesellschaftsvertrag darüber eine Regelung enthält. Es fragt sich aber, in welchem Umfang solche Regelungen zulässig sind.

Sicherlich zulässig ist eine weitgefasste Regelung etwa dahingehend, daß es den Erben erlaubt ist, neben Miterben und Mitgesellschaftern auch jeden Nichtgesellschafter zu ihrem Vertreter bestellen zu können.

Denn einerseits käme solche Regelung den Interessen der Erben sehr entgegen, die dadurch in die Lage versetzt werden, den geeignetsten Vertreter aus dem größtmöglichen Personenkreis auswählen zu können. Andererseits werden schutzwerte Belange der Mitgesellschafter durch eine solche Gesellschaftsvertragsbestimmung nicht beeinträchtigt. Es steht den Mitgesellschaftern im Rahmen der Vertragsfreiheit frei, zu entscheiden, mit wem sie in der Gesellschaft zusammenarbeiten wollen. Dabei können sie den Personenkreis beliebig groß ziehen. Allerdings sind die Gesellschaftererben auch bei einer solchen weitgefassten Regelung durch ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis folgende Treuepflicht den Mitgesellschaftern gegenüber in so weit in ihrer Auswahlmöglichkeit beschränkt, daß sie keinen Vertreter bestellen dürfen, der der OHG nicht zuzumuten ist, wie das z. B. der Fall wäre, wenn sie einen Konkurrenten zum Vertreter wählen.

Darf somit der Gesellschaftsvertrag im Hinblick auf den Personenkreis, aus dem der Vertreter gewählt werden soll, weitgefasste Regelungen enthalten, so ist es fraglich, wie weit der OHG-Gesellschaftsvertrag den Personenkreis einschränken darf. Auch zu einer einschränkenden Regelung sind die Gesellschafter aufgrund der ihnen gem. § 109 zustehenden Vertragsfreiheit befugt. Jedoch gebietet die Treuepflicht der Gesellschafter den Erbgesellschaftern gegenüber, daß die Gesellschafter auf die Beschränkung in der Auswahl des Vertreters verzichten müssen, wenn den Erbgesellschaftern die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Personenkreisbeschränkung nicht zugemutet werden kann. Ein solcher Fall ist, worauf Hueck mit Recht hingewiesen hat ³⁾ z. B. dann gegeben, wenn im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, daß die Erben nur einen anderen Gesellschafter mit ihrer Vertretung betrauen dürfen und außer den Erben nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist. Bei dieser Sachlage kann es leicht vorkommen, daß zwischen den Interessen dieses Gesellschafters und denen der Erben so erhebliche Gegensätze bestehen, daß den Erben die Bestellung dieses Gesellschafters zu ihrem Vertreter nicht zugemutet werden kann. Der Gesellschafter wäre in diesem Fall aus seiner Treuepflicht gezwungen, der Bestellung eines anderen Vertreters, sei es eines Er-

³⁾ Hueck ZHR 125, 15

ben oder sei es auch eines Nichtgesellschafters, zuzustimmen.

bb) Der OHG-Gesellschaftsvertrag enthält keine die Person des Vertreters betreffende Regelung.

Fraglich bleibt, welche Person zum Vertreter bestellt werden kann, wenn der Gesellschaftsvertrag darüber keine Bestimmungen enthält. Für den Vertreter eines Erbenkommanditisten hat Hueck zu diesem Problem folgendes festgestellt ⁴⁾: Sind mehrere Erben vorhanden, sei zunächst abzulehnen, daß die Erbenkommanditisten nur einen der ihrigen zum Vertreter bestellen könnten. Dadurch würden die Erben in der Auswahl eines geeigneten Vertreters zu stark beschränkt werden, ohne daß dafür ein genügender Grund ersichtlich sei. Dem ist auch für die OHG zuzustimmen. Die Mitgesellschafter haben keinen Grund, etwa aus der Treuepflicht von den Erben zu fordern, sich nur durch einen der ihrigen vertreten zu lassen. Zumal eine solche Forderung einzelne Erben stark belasten könnte, etwa dann, wenn nur zwei gleichberechtigte Erben vorhanden sind und dann einer zugunsten des anderen auf die Ausübung seiner Gesellschafterrechte verzichten müßte, oder auch dann, wenn die Erben das nötige Vertrauen zueinander nicht haben.

Hueck sagt weiter, daß es für die Erbenkommanditisten ebenso abzulehnen sei, daß sie bei der Wahl ihres Vertreters auf die Mitgesellschafter beschränkt seien. Für eine solche Beschränkung ließe sich zwar anführen, daß die Gesellschafter im allgemeinen ein Interesse daran hätten, das Eindringen Dritter in die Gesellschaft zu erschweren. In diesem Fall träte jedoch kein Dritter in die Gesellschaft ein. Dem Dritten sei lediglich die Ausübung der den Erbenkommanditisten als echten Gesellschaftern zustehenden Rechte im Namen dieser Kommanditisten übertragen worden, während die Erben Gesellschafter blieben. Sollte der Vertreter die Interessen der Gesellschaft verletzen, so könne seine Vertretungsmacht von den Erben widerrufen werden, wozu sie notfalls von den übrigen Gesellschaftern im Wege der Klage angehalten werden könnten, wenn ihre

⁴⁾ Hueck ZHR 125, 16

Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft einen solchen Widerruf verlange. Es sei auch zu bedenken, daß die Vertreterklausel die Rechte der Erbenkommanditisten im Vergleich zu anderen Kommanditisten ohnehin erheblich beschränke. Man dürfe deshalb diese Beschränkung nicht ohne zwingenden Grund über den Wortlaut der Vertreterklausel hinaus ausdehnen. Würden die Erben aber nur einen Mitgesellschafter zum Vertreter wählen können, so würde das ggfs. eine erhebliche Verschärfung in der Einschränkung ihrer Rechte mit sich bringen. Demgegenüber könne auch nicht eingewendet werden, daß die Ausübung der Verwaltungsrechte, wie insbesondere des Stimmrechts, im allgemeinen höchst persönlich vorzunehmen sei und daher eine Bevollmächtigung ohne die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter nicht zulässig sei. Denn durch die Vereinbarung der Vertreterklausel hätten die Gesellschafter selbst die höchst persönliche Ausübung der Kommanditistenrechte durch die Erben ausgeschlossen und den Erben die Pflicht auferlegt, sich vertreten zu lassen. Deshalb sei es ihre Sache, eine Beschränkung der Erben in der Auswahl des Vertreters in der Vertreterklausel zum Ausdruck zu bringen. Geschehe das nicht, so sei anzunehmen, daß die Erben auch ohne Zustimmung der übrigen Gesellschafter das Recht haben sollten, einen Nichtgesellschafter zu ihrem Vertreter zu bestellen.

Diese Ausführungen Huecks für den Erbenkommanditisten müssen erst recht für den OHG-Gesellschaftererben gelten, der in der persönlichen Ausübung seiner Gesellschafterrechte durch die Vertreterklausel beschränkt ist. Denn für den OHG-Gesellschafter ist die Vertreterklausel einschneidender als für den Kommanditisten. Der OHG-Gesellschafter muß im Gegensatz zum Kommanditisten persönlich und unbeschränkt für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haften. Wenn er trotzdem seine Gesellschafterrechte nicht persönlich ausüben darf, so muß ihm zumindest das Recht zugestanden werden, eine ihm geeignet erscheinende Person mit der Wahrnehmung seiner Rechte beauftragen zu können. Wenn der Gesellschaftsvertrag keine besondere einschränkende Regelung enthält, haben die Mitgesellschafter daher keinen Rechtsanspruch, über den Wortlaut der Vertreterklausel hinaus von den Erben eine weitere Beschränkung

ihrer Rechte zu verlangen. Aus der Vertreterklausel allein ergibt sich deshalb eine Beschränkung des Personenkreises, aus dem die Erben den Vertreter wählen können, nicht.

b) Bestellung des Vertreters

Es fragt sich weiter, wie der Vertreter bestellt wird.

aa) Vorschriften im OHG-Gesellschafts- vertrag

Über die Bestellung des Vertreters kann der Gesellschaftsvertrag selbst Bestimmungen enthalten. Er kann z. B. für den Fall, daß mehrere Erben vorhanden sind, einstimmigen Beschluß oder Mehrheitsbeschluß der Erbengesellschafter für die Bestellung des Vertreters vorschreiben. Dagegen bestehen im Rahmen der das Innenverhältnis der Gesellschaft beherrschenden Vertragsfreiheit keine Bedenken.

Sieht der Gesellschaftsvertrag der OHG Mehrheitsbeschluß vor, so darf, wenn ein Miterbe zur Wahl vorgeschlagen ist, dieser bei der Wahl mitstimmen und sich selbst wählen. Denn es ist anerkannt, daß auch solche OHG-Gesellschafter, die Sonderinteressen im Bezug auf den Gegenstand der Beschlußfassung haben (auch wenn diese Interessen mit den Interessen der Gesellschaft kollidieren), dennoch bei der Gesellschafterversammlung Stimmrecht haben⁵⁾. Das gilt etwa, wenn über die Übertragung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht beschlossen werden soll. Das wird aber auch dann gelten müssen, wenn es sich um die Ausübung der Gesellschafterrechte der Miterben durch einen Mitgesellschafter handelt.

bb) Der OHG-Gesellschaftsvertrag enthält keine Bestimmungen.

Zu prüfen bleibt, was gelten soll, wenn der OHG-Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen enthält. Dazu muß unterschieden werden, ob mehrere Erben oder nur ein Erbe in die Gesellschafterstellung des Erblassers nachfolgen.

⁵⁾ Hueck OHG 108, 109; Weipert § 119 Anm. 6

Zwischen mehreren Erben besteht, wie oben festgestellt ⁶⁾, innerhalb der OHG eine Untergesellschaft im Sinne einer BGB-Gesellschaft. Da die Bestellung eines Vertreters einen Gesellschafterbeschluß dieser Untergesellschafter erfordert, müßte ein solcher Beschluß grundsätzlich einstimmig erfolgen ⁷⁾. Damit würden die Gesellschaftererben auch das notwendige Vertrauen gegenüber ihrem gemeinsamen Vertreter demonstrieren.

Es fragt sich aber, was zu gelten hat, wenn sich die Erbengesellschafter über die Bestellung eines Vertreters nicht einigen können. Im allgemeinen ist die Vertreterklausel ihrem Zweck entsprechend so abgefaßt, wie sie eingangs der Arbeit definiert wurde: Daß die Erbengesellschafter ihre Rechte nur durch den Vertreter wahrnehmen können. Dann sind alle Erbengesellschafter an einer möglichst raschen Bestellung des Vertreters interessiert, da andernfalls ihre Rechte in der OHG ruhen würden ⁸⁾.

Da unter den Erbengesellschaftern, wie festgestellt, ein BGB-Gesellschaftsverhältnis besteht, dessen Zweck in der Wahrnehmung der gemeinsamen OHG-Gesellschafterinteressen der Erben im Rahmen der Vertreterklausel besteht, sind alle Erben aufgrund ihrer dem BGB-Gesellschaftsverhältnis innewohnenden Treuepflicht gehalten, nach Kräften zur bestmöglichen Erreichung dieses Zwecks beizutragen. Daher ist es denkbar, daß die Weigerung einzelner Erben, dem Wahlvorschlag der anderen Erben zuzustimmen, treuwidrig ist, weil, objektiv gesehen, keine nennenswerten Bedenken gegen die Wahl des vorgeschlagenen Vertreters bestehen. In einem solchen Fall können die sich treuwidrig weigernden Erben auf Zustimmung zur Wahl des vorgeschlagenen Vertreters verklagt werden ⁹⁾.

⁶⁾ vgl. oben S. 54

⁷⁾ Palandt-Gramm vor § 709 Anm. 5 a ; Erman-Schulze-Wenk § 709 Anm. 7

⁸⁾ vgl. Hueck für die Erbenkommanditisten in ZHR 125, 14

⁹⁾ RGZ 97, 331; 162, 83

Wenn mit gleicher Mehrheit zwei gleich geeignete Personen zur Wahl vorgeschlagen werden, so kann man, wie Hueck vorschlägt ¹⁰⁾, das Los entscheiden lassen.

Nach meiner Erfahrung kommt es jedoch nicht selten vor, daß die Erben über die genannten Streitfälle gesonderte vertragliche Vereinbarungen treffen. Und zwar haben sie die Möglichkeit, einen Schiedsgutachtervertrag zu schließen (§§ 317 - 319 BGB) ¹¹⁾ etwa dahingehend, daß von den streitenden Parteien von Fall zu Fall Sachverständige benannt werden müssen, deren Aufgabe es ist, die objektive Eignung des zur Wahl vorgeschlagenen Vertreters zu prüfen und zu vergleichen. Eine solche Vereinbarung würde allerdings u. U. einen zeitraubenden Prozeß im ordentlichen Rechtsweg bei hartnäckigem Streit nicht ausschließen.

Besser scheint daher, wenn die Erbengesellschafter einen Schiedsvertrag (§§ 1025 ff ZPO) schließen, in dem sie die Entscheidung darüber, welche Erbenpartei aufgrund ihrer Treuepflicht der Wahl des von der anderen Partei vorgeschlagenen Vertreters zuzustimmen hat, dem Urteil von Schiedsmännern unterstellen. Solchenfalls wäre eine rasche Entscheidung über die Wahl des Vertreters sichergestellt und eine baldmögliche Beteiligung der Erben an der Verwaltung der Gesellschaft durch den Vertreter gewährleistet.

Ist nur ein Erbe vorhanden, erfolgt die Bevollmächtigung des Vertreters gem. § 167 BGB. Der Umfang der dem Vertreter erteilten Vertretungsmacht bestimmt sich nach dem Inhalt der Bevollmächtigungs-erklärung.

cc) Unwirksamkeit der Bestellung

Ist die Bestellung des Vertreters aus irgendeinem Grunde nichtig (z. B. §§ 118, 142 BGB), handelt der Vertreter den Erben gegenüber als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB). Das gilt, wenn der Vertreter nur durch einen Erben bevollmächtigt werden sollte, und das gilt auch dann, wenn er von einer Erbenmehrheit bestellt

¹⁰⁾ ZHR 125, 14

¹¹⁾ Näheres zum Schiedsgutachtervertrag RGZ 96, 60; BGHZ 6, 338

werden sollte, gleichgültig ob es sich bei dem Vertreter um einen Erben oder eine andere Person handelte. Die Wirksamkeit der Erklärung, die der "Vertreter" im Namen der Erben abgegeben hat, hängt dann von deren Genehmigung ab. Sind mehrere Erben vorhanden, wird die Genehmigungserklärung nach den Grundsätzen über die Bestellung des Vertreters wirksam.

c) Weisungsgebundenheit des Vertreters

Von großer praktischer Bedeutung ist, wieweit der Vertreter die Rechte der Gesellschaftererben nach seinem Ermessen ausüben kann bzw. wieweit er an Weisungen der Erben gebunden ist. Zur Beantwortung dieser Frage muß unterschieden werden, ob der Vertreter aus dem Kreise der Erben gewählt wird oder ob ein Dritter (Mitgesellschafter oder auch Nichtgesellschafter) bevollmächtigt wird.

aa) Der Vertreter ist selbst Erbe.

Ist der Vertreter selbst Erbe, entscheidet der BGB-Gesellschaftsvertrag der Erben untereinander über seine Weisungsunterworfenheit. Grundsätzlich stünde in der Erbengesellschaft allen Gesellschaftern gem. §§ 709, 714 BGB gemeinsam die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu. Da im Innenverhältnis der BGB-Gesellschaft Vertragsfreiheit herrscht, kann aber der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung und Vertretung auch einzelnen Gesellschaftern übertragen ¹²⁾. Da alle Gesellschafter der BGB-Gesellschaft auch Gesellschafter der OHG sind, sind sie wegen der Vertreterklausel verpflichtet, einem einzelnen die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu erteilen. Darüber hinaus steht es den Erben im Innenverhältnis auch frei, festzusetzen, daß der Vertreter für bestimmte Handlungen die Zustimmung aller oder der Mehrheit der Erben benötigt. Die Erben können also den Vertreter an Weisungen binden. Diese Bindung wirkt jedoch nur im Verhältnis zwischen den Erben und dem Vertreter. Wieweit sie im Verhältnis

¹²⁾ Hueck Ges. Recht 34, 35

zur OHG Wirkung entfaltet, wird weiter unten ¹³⁾ noch zu untersuchen sein.

bb) Der Vertreter ist selbst nicht Erbe.

Ist der von den Erben gewählte Vertreter nicht selber Erbe, sondern im Verhältnis zu den Erben ein Dritter, wie etwa Mitgesellschafter, TV oder ein sonstiger Nichtgesellschafter, besteht zwischen den Erben und dem Vertreter ein Auftragsverhältnis, und wenn der Vertreter für seine Tätigkeit bezahlt wird, ein Geschäftsbesorgungsverhältnis, auf das gem. § 675 BGB die Auftragsregeln der §§ 662 ff BGB weitgehend angewandt werden ¹⁴⁾. Auch hierbei können die Erben die Ausübung der Vollmacht von Weisungen abhängig machen ¹⁵⁾. Dabei bleibt allerdings zu bedenken, daß es der Sinn der Vertreterklausel ist, den Einfluss der Erben nach Möglichkeit auszuschliessen. Das Weisungsrecht der Erben, das (wie ausgeführt) ohnehin nur im Verhältnis der Erben zum Vertreter Wirkung entfaltet, wird deshalb in den meisten Fällen sehr beschränkt sein.

cc) Die Erben haben mit dem Vertreter nichts vereinbart.

Zu prüfen bleibt, was gelten soll, wenn die Erben mit dem Vertreter nichts vereinbart haben. Entscheidend ist dann der mutmaßliche Wille der Erbengesellschafter. Da die Vertreterklausel nach ihrem Zweck dem Vertreter der OHG gegenüber unbeschränkte Vollmacht gibt, wird deshalb im allgemeinen anzunehmen sein, daß die Erben eine solche unbeschränkte Vollmacht im Rahmen der rechtlichen Zulässigkeit auch für das Verhältnis zwischen ihnen und dem Vertreter akzeptieren, da sie andernfalls mit diesem seine Vollmacht beschränkende Vereinbarungen getroffen hätten. Die Erben wären dann an der Wahrnehmung ihrer Rechte nur insoweit beteiligt, als nach obigen Grundsätzen eine

13) vgl. unten S. 68, 69

14) so auch Hueck für den Vertreter von Erbenkommanditisten in ZHR 125, 19

15) Erman-Hauß § 665 Anm. 1

Beschränkung ihrer Rechte durch die Vertreterklausel unzulässig ist ¹⁶⁾. Also etwa bei Gesellschafterbeschlüssen, die die Pflichten der Erben ungewöhnlich erhöhen bzw. ihre ungleichmäßige Behandlung in der Gesellschaft über das rechtlich zulässige Maß hinaus zur Folge haben ¹⁷⁾.

d) Haftung des Vertreters

Ist der Vertreter aufgrund besonderer Vereinbarung mit den Erben verpflichtet, Weisungen der Erben zu befolgen, haftet er bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung den Erben auf Schadensersatz. Ist der Vertreter selbst Gesellschafter der unter den Erben bestehenden BGB-Gesellschaft, ist seine Haftung allerdings insofern gemildert, als er gem. § 708 BGB nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Liegt zwischen Erben und Vertreter ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis vor, bestimmt sich seine Haftung für schuldhaftes Verhalten allerdings nach §§ 276, 249 ff BGB ¹⁸⁾.

Diese Haftungsmaßstäbe gelten für alle Pflichtverletzungen des Vertreters.

e) Abberufung des Vertreters

Es fragt sich schließlich, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen die Erben den Vertreter abberufen können. Daß die Erben die

¹⁶⁾ vgl. oben S.32, 33

¹⁷⁾ a. A. Hueck in ZHR 125, 20, 21 für den Erbenkommanditisten, aber zu eng; Hueck meint, daß die Zustimmung der Kommanditisten bei laufenden Geschäften nicht erforderlich sei. Jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages liege jedoch außerhalb der laufenden Geschäfte und müsse deshalb dafür die Zustimmung der Erben eingeholt werden. Diese Festsetzung ist m. E. etwas willkürlich. Denn solange die Abänderung des Gesellschaftsvertrages keine erhöhten Pflichten der Erben mit sich bringt, ist nicht ersichtlich, aus welcher Anspruchsgrundlage die Erben ein Recht zur persönlichen Zustimmung zu den Handlungen des Vertreters herleiten sollten.

¹⁸⁾ Palandt § 665 Anm. 3c

Vollmacht des Vertreters grundsätzlich widerrufen können, ist nicht zu bezweifeln, da, wie oben dargelegt ¹⁹⁾, eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung von Mitgliedschaftsrechten unzulässig ist.

aa) Abberufungsvorschriften im OHG-
Gesellschaftsvertrag

Dennoch kann der OHG-Gesellschaftsvertrag Bestimmungen über die Abberufung des Vertreters enthalten. Die Erben sind solchenfalls, da sie alle OHG-Gesellschafter sind, den Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, sich daran zu halten. Der Gesellschaftsvertrag kann nur nicht ausschließen, daß die Erben die Vollmacht widerrufen können, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Denn zwischen dem Vertreter und den Erben besteht ein Dauerrechtsverhältnis. Solche auf einen längeren Zeitraum angelegten Rechtsverhältnisse können aber nur dann richtig und ihrem Zweck entsprechend funktionieren, wenn ein gewisses Maß an Vertrauen zwischen den Beteiligten gewährleistet ist. Deswegen enthalten nach heutiger Auffassung die §§ 626, 712, 723 Abs. 1 Satz 2 BGB, 70, 89a HGB, 133b GewO usw. einen allgemeinen Rechtsgrundsatz dahingehend, daß das Recht zur fristlosen Kündigung eines Dauerrechtsverhältnisses bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht ausgeschlossen werden kann ²⁰⁾. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem widerrufenden Erben die Fortsetzung der Vertretung nach verständigem Ermessen nicht mehr zugemutet werden kann ²¹⁾. Auf ein Verschulden des Vertreters kommt es nicht an, es genügt vielmehr, daß beachtliche Gründe im Hinblick auf seine Vertrauensstellung eine weitere Ausübung seiner Vollmacht für die Erben unzumutbar erscheinen lassen ²²⁾.

19) vgl. oben S. 26 ff

20) ständ. Rechtspr. seit RGZ 160, 270; 168, 361 BGHZ NJW 1951, 836, BB 53, 691; Staudinger-Neumann § 626 Anm. 3; Soergel-Siebert § 626 Anm. 1

21) RGZ 162, 392; Soergel-Siebert § 723 Anm. 33

22) Hueck ZHR 125, 22

bb) Abberufungs-Abmachungen zwischen Erben und Vertreter

Dasselbe muß auch gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag der OHG nichts zum Widerruf sagt, jedoch bei der Bevollmächtigung des Vertreters zwischen diesem und den Erben den Widerruf betreffende Abmachungen getroffen worden sind. Auch dann würde ein Ausschluß des Widerrufsrechts beim Vorliegen wichtiger Gründe unzulässig sein.

cc) Es sind keine Abberufungsvereinbarungen getroffen.

Fraglich ist jedoch, was gilt, wenn im Hinblick auf die Abberufung des Vertreters nichts vereinbart ist, weder im Gesellschaftsvertrag der OHG noch zwischen den Erben und dem Vertreter und wenn darüber hinaus auch eine letztwillige Verfügung in oben geschilderter zulässiger Weise ²³⁾ nichts diesbezügliches enthält.

Ist nur ein Erbe vorhanden, so kann dieser aufgrund von § 168 BGB die Bevollmächtigung jederzeit widerrufen. Dieses Recht besteht auch, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Es ist jedoch zu klären, ob der Widerruf dann einen einstimmigen Beschluß der Erben oder einen Mehrheitsbeschluß voraussetzt, oder ob etwa jeder einzelne Erbe den Widerruf aussprechen kann.

Da zwischen den Erben, wie oben dargelegt, im Hinblick auf die Vertretung ein BGB-Gesellschaftsverhältnis besteht, ist, wie für die Erteilung der Vollmacht, so auch für den Widerruf (das folgt aus § 709 BGB) grundsätzlich die Zustimmung aller Erben erforderlich. Im Einzelfall ist aber (wie bei der Wahl des Vertreters) ²⁴⁾ die Minderheit aufgrund ihrer Treuepflicht der Mehrheit gegenüber verpflichtet, die Zustimmung zur Abberufung zu erteilen. Bei der Abberufung kommt noch hinzu, daß, wenn der Vertreter das Vertrauen der Mehrheit nicht mehr besitzt, er nicht mehr am richtigen Platz ist, da eine gedeihliche Zusammenarbeit zwischen ihm und den Erben nicht mehr

23) — wie weit der Erbe durch letztw. Verfügung gebunden sein kann, dazu oben S. 41 ff

24) Näheres dazu oben S. 60

gewährleistet ist. Seine Abberufung darf in diesem Fall nicht an dem Widerspruch etwa eines einzelnen Erben scheitern ²⁵⁾ .

Ist der Vertreter selbst Erbe, kann er bei der Abstimmung über seine Abberufung mitstimmen. Etwas anderes gilt allerdings, wenn er aus wichtigem Grund abberufen wird, dann steht nach allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts dem Vertreter als Betroffenen kein Stimmrecht zu ²⁶⁾ .

3. Die Rechtsstellung des Vertreters gegenüber der OHG

Im Verhältnis zur OHG ist der Vertreter grundsätzlich außenstehender Dritter, so daß § 117 HGB ihm gegenüber nicht gilt ²⁷⁾ . Seine Haftung für schuldhafte Schädigungen der Gesellschaft bestimmt sich deshalb nicht nach vertraglichen Grundsätzen, sondern nach dem Recht der unerlaubten Handlungen, da der Vertreter zur OHG in keiner direkten vertraglichen Beziehung steht.

Fraglich ist, ob bezüglich der Haftung nicht dann etwas anderes gelten muß, wenn der Vertreter selbst Gesellschafter ist, ob sich für den Gesellschaftervertreter nicht aus dem Gesellschaftsvertrag eine schärfere Haftung ergibt. Man könnte an eine schärfere Haftung denken, wenn Fälle denkbar wären, bei denen der Vertreter bei Ausübung der Vertretung der Erben gleichzeitig eine gesellschaftsvertragliche Pflichtverletzung begehen würde.

Aus dem das Gesellschaftsverhältnis beherrschenden Treuegedanken ²⁸⁾ hat jeder, auch der Gesellschaftervertreter, die Pflicht, alles zu tun, was die Interessen der Gesellschaft fördert, bzw. alles zu unterlassen, was die Interessen der Gesellschaft schädigt. Die Treuepflicht trifft den Gesellschafter auch dann, wenn er der Gesellschaft

²⁵⁾ so im Ergebnis wohl auch Hueck ZHR 125, 23

²⁶⁾ Hueck ZHR 125, 23 m. w. N.

²⁷⁾ BGHZ 36, 292 (295)

²⁸⁾ siehe oben S. 30

als Dritter, beispielsweise als Lieferant oder Kunde, gegenübertritt²⁹⁾. Er muß dann unter Umständen sein eigenes Interesse seinen aus dem Gesellschaftsverhältnis rührenden Verpflichtungen unterordnen. Das muß auch gelten, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft als Vertreter anderer Gesellschafter als Dritter gegenübertritt. Auch dann ist er, da er gleichzeitig selbst Gesellschafter ist, den aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Pflichten, wie insbesondere der Treuepflicht, unterworfen. Verletzt er in Ausübung der Vertretertätigkeit die Treuepflicht dadurch, daß er die Interessen der Gesellschaft schuldhaft schädigt, dann haftet er der Gesellschaft gegenüber aufgrund der Verletzung einer Vertragspflicht (nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung). Zu beachten ist allerdings, daß der Vertreter bei der Beachtung seiner Gesellschaftsvertragspflichten (wozu auch die Treuepflicht gehört) gem. § 105 Abs. 2 HGB, § 708 BGB nur für die Sorgfalt einzustehen hat, die er auch in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

4. Die Rechtsstellung der OHG gegen-
über den Gesellschaftererben im
Hinblick auf die Vertreterklausel

a) Allgemeines

Die Mitgesellschafter haben gegenüber den Gesellschaftererben einen Anspruch darauf, daß diese den Verpflichtungen aus der Vertreterklausel nachkommen. Denn als zulässige Gesellschaftsvertragsklausel begründet die Vertreterklausel für die Gesellschaftererben eine besondere Gesellschafterpflicht. Lautet die Vertreterklausel daher, wie eingangs der Arbeit definiert, daß sich die Erben bei der Ausübung ihrer Rechte in der Gesellschaft vertreten lassen müssen, brauchen die Mitgesellschafter die persönliche Mitwirkung der Erben in der Gesellschaft nicht zu dulden. Die Mitgesellschafter haben aus der Vertreterklausel den Anspruch darauf, daß sich die Erben so vertreten lassen, wie es die Vertreterklausel vorschreibt. Die Vertreterklausel ist im Interesse der

²⁹⁾ Hueck OHG 210

Gesellschaft als Ganzes insbesondere der Gesellschafter, die nicht Erbengesellschafter sind, in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen worden, ihr Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Erbengesellschafter nach dem Wortlaut der Vertreterklausel vertreten werden. Die Mitgesellschafter haben deshalb das Recht, auf der Erfüllung der Vertreterklausel seitens der Gesellschaftererben zu bestehen. Sie handeln dabei, weil zumindest auch im Interesse der Gesellschaft handelnd, nicht etwa treuwidrig. Daraus folgt weiter, daß Vereinbarungen zwischen dem Vertreter und den Erben, wie sie im vorigen Abschnitt als zulässig geschildert wurden, nur dann für die Mitgesellschafter bindend sind, wenn sie ihr Einverständnis erklärt haben. Tun sie das nicht, dann haben Abmachungen zwischen Erben und Vertreter, die die Vollmacht entgegen dem Wortlaut der Vertreterklausel beschränken, im Verhältnis zur OHG keine Wirkung.

b) Anspruch der OHG auf Bestellung des Vertreters.

Die OHG hat allerdings keinen unmittelbaren Anspruch gegen die Erben auf Bestellung eines Vertreters. Denn die Vertreterklausel betrifft, wie oben aufgezeigt wurde, das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und gibt jedem einzelnen Gesellschafter das Recht von dem anderen zu fordern, daß er seinen Verpflichtungen aus der Vertreterklausel nachkomme.

Wenn also die OHG selbst keinen unmittelbaren Anspruch hinsichtlich der Vertreterklausel hat, fragt es sich, was zu gelten hat, wenn ein Vertreter der Erben noch nicht bestellt ist.

Dabei ist zunächst zu fragen, wie die Vertreterklausel durchgesetzt werden kann, wenn plötzlich alle Gesellschafter beispielsweise durch einen Unglücksfall sterben und nun sämtliche Erbengesellschafter der Vertreterklausel unterliegen. Für die Lösung muß zwischen Innen- und Außenverhältnis der Gesellschaft scharf unterschieden werden.

Denn im Außenverhältnis entfaltet die Vertreterklausel, wie oben gezeigt wurde, keine Wirkung. Es ist daher möglich, daß die Erben

nach außen die Geschäfte der OHG einstweilen führen, solange bis sie einen Vertreter gewählt haben. Im Innenverhältnis machen sie sich bei der Geschäftsführung freilich u. U. schadensersatzpflichtig, jedenfalls dann, wenn die Erbengesellschafter die Vertreterwahl schuldhaft verzögert haben. Denn der Gesellschaftsvertrag zwingt die Erben durch die Vertreterklausel unverzüglich einen Vertreter zu bestellen, weitere Rechte gibt ihnen der Gesellschaftsvertrag nicht. Sie sind daher im Innenverhältnis verpflichtet, von ihren Gesellschaftsrechten keinen Gebrauch zu machen. Tun sie es dennoch, dann verletzen sie die ihnen aus dem Vertrag obliegenden Pflichten. Entsteht durch solch einen Gebrauch von Rechten, die den Gesellschaftern wegen der Vertreterklausel nicht zustehen, der Gesellschaft und damit den Mitgesellschaftern ein Schaden, dann sind die betreffenden Erben schadensersatzpflichtig. Eine Ausnahme kann nur dann gelten, wenn in Eilfällen gehandelt werden musste, noch bevor es objektiv möglich war, einen Vertreter zu bestellen. In diesem Fall können nur die normalen gesellschaftsrechtlichen Haftungsvorschriften gelten.

Anders ist die Lage jedoch zu beurteilen, wenn bei dem Erbfall noch ein geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter vorhanden ist. In diesem Fall ist Hueck ³⁰⁾ zuzustimmen, daß es für diesen Mitgesellschafter genügt, wenn die Rechte der Gesellschaftererben so lange ruhen, bis ein Vertreter bestellt ist.

Wie das wirkt, sei an zwei Beispielen erläutert:

Ein Beschluß geschäftsführungs- und vertretungsberechtigter Gesellschafter, die nicht der Vertreterklausel unterliegen, zur Bestellung eines Prokuristen gem. § 116 Abs. 3 wird auch ohne die Mitwirkung der geschäftsführungs- und vertretungsberechtigten Erben wirksam, denn solange diese ihren Vertreter noch nicht bestellt haben, gelten sie als im Sinne von § 119 Abs. 1 nicht als zur Beschlußfassung berufene Gesellschafter.

Oder: Bezüglich auszuzahlender Gewinne kann sich die Gesellschaft, solange noch kein Vertreter gewählt ist, durch Hinterlegung des

³⁰⁾ ZHR 125, 15

Betrages (§ 372 Satz 2 BGB) oder dadurch helfen, daß sie den Erben den Betrag auf ein gemeinsames Konto gutschreibt und dann abwartet, bis ein gewählter Vertreter das Entnahmerecht der Erben geltend macht.

Allerdings ruhen die Rechte der Erbengesellschafter nur insoweit, als sie wegen der Vertreterklausel der Ausübung durch den Vertreter überhaupt unterliegen. Oben wurde festgestellt ³¹⁾, daß die Erben z. B. bei Gesellschafterbeschlüssen, die eine ungewöhnliche Belastung für die Erbengesellschafter herbeiführen können, persönlich mitwirken müssen. Wenn solche Beschlüsse gefaßt werden sollen, bevor noch die Erben einen Vertreter gewählt haben, sind sie deshalb nicht von der Teilnahme an solchen Gesellschafterbeschlüssen ausgeschlossen, insoweit können ihre Rechte auch nicht ruhen, weil sie von der Vertreterklausel garnicht betroffen werden ³²⁾.

c) Haftung der Gesellschaftererben für den Vertreter gegenüber der OHG

Für Verschulden ihres Bevollmächtigten haften die Erben den Mitgesellschaftern gegenüber gem. § 278 BGB, allerdings über § 105 Abs. 2 nur im Rahmen des § 708 BGB ³³⁾. Die schwächere Haftung etwa der §§ 713, 664 BGB nur für culpa in eligendo kann im Hinblick auf den Vertreter der Erben gegenüber den Mitgesellschaftern nicht gelten, da diese Vorschriften die Übertragung einzelner Mitgliedschaftsrechte auf den Vertreter voraussetzen würden ³⁴⁾. Der Vertreter der Erben ist aber nur zur Erfüllung der aus der Mitgliedschaft erwachsenden Verpflichtungen der Erben bevollmächtigt und damit Gehilfe im Sinne des § 278 BGB.

d) Anspruch der OHG auf Abberufung des Vertreters

Die Mitgesellschafter können u. U. von den Erben verlangen, daß letztere den Vertreter abberufen. Wenn ein wichtiger Grund gegeben ist, wenn

³¹⁾ siehe oben S. 31 ff

³²⁾ Hueck ZHR 125, 15

³³⁾ Hueck OHG 87

³⁴⁾ Hueck OHG 87

also der Vertreter nach billigem Ermessen den Mitgesellschaftern nicht mehr zugemutet werden kann, sind die Erben aufgrund ihrer Treuepflicht den Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, den Vertreter abzurufen. Das gilt insbesondere für den Fall, wenn ein Mitgesellschafter Vertreter ist und diesem gem. § 117 die Geschäftsführungsbefugnis durch das Gericht entzogen worden ist. In diesem Fall ist es auch nicht zumutbar, daß der betreffende Gesellschafter die Geschäftsführungsbefugnis seiner Vollmachtgeber weiter ausübt. Da die Mitgesellschafter selbst nicht das Recht haben, den Vertreter gem. § 117 entfernen zu lassen, weil der Vertreter die Geschäftsführungsbefugnis der Erben nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter wahrnimmt, steht ihnen nur der Anspruch aus der Treuepflicht der Erben zu. Diesen Anspruch können die Mitgesellschafter im Klagewege durchsetzen. Ist zu besorgen, daß sich der Vertreter inzwischen weiterer Verfehlungen schuldig machen wird, kann dem Vertreter die Vollmacht einstweilen im Wege einer einstweiligen Verfügung entzogen werden.

§ 3 Die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag einer KG

I. Einleitung

Nur der Vollständigkeit halber soll am Schluß der Arbeit auf die Vertreterklausel im Gesellschaftsvertrag einer KG hingewiesen werden. Sie findet sich in Gesellschaftsverträgen von Kommanditgesellschaften vor allen Dingen in Bezug auf Kommanditisten besonders häufig. Die rechtlichen Probleme sind aber von denen bei der OHG nicht wesentlich verschieden.

II. Die Vertreterklausel und der Komplementar

Da die Rechtsstellung des Komplementars in jeder Hinsicht der des OHG-Gesellschafters entspricht ¹⁾, gilt für ihn das zur OHG Gesagte ohne Abweichung im vollen Umfang.

¹⁾ Hueck Ges. Recht 88

III. Die Vertreterklausel und der Kommanditist

Wie oben S. 15 festgestellt, wird die Vertreterklausel für die Kommanditistenstellung weit häufiger praktisch als für die Stellung des Komplementars. Die Probleme, die sich durch die Vertreterklausel im Hinblick auf den Kommanditisten ergeben, hat Hueck in ZHR 125, 1 ff. erörtert. Der Abhandlung Huecks ist im wesentlichen zuzustimmen, auf sie wird verwiesen.

1. Die Rechtsstellung des Kommanditisten

Abweichungen gegenüber den Problemen bei der OHG ergeben sich im einzelnen daraus, daß der Kommanditist grundsätzlich von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen ist (§§ 164, 170) und sich seine Haftung auf eine bestimmte Vermögenseinlage beschränkt (§§ 161, 171). Dennoch beherrschen die besonderen Gestaltungsprinzipien der Personengesellschaft auch die Gesellschafterstellung des Kommanditisten ²⁾.

2. Die Zulässigkeit der Vertreterklausel im Hinblick auf den Kommanditisten

Für die Zulässigkeit der Vertreterklausel im Hinblick auf die Kommanditistenstellung gilt im wesentlichen das oben zum OHG-Gesellschafter ohne Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht Gesagte ³⁾. Die Vertreterklausel ist deshalb auch bei Kommanditisten zulässig, sie verstößt nicht gegen § 138 BGB, da sie die Rechte des Kommanditisten nicht in sittenwidriger Weise beschränkt. Diese Feststellung galt schon für den von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossenen OHG-Gesellschafter. Sie muß erst recht für solche Gesellschafter gelten, deren Haftungsrisiko durch die Kommanditistenstellung beschränkt ist. Aus dem Treuegedanken des § 242 BGB folgt aber, daß die Kommanditisten dann nicht von der persönlichen Ausübung ihres

²⁾ Hueck Ges. Recht 88

³⁾ vgl. oben S. 20 ff

Stimmrechts ausgeschlossen sind, wenn durch Änderung des Gesellschaftsvertrages ihr Pflichtenkreis wesentlich erhöht werden soll oder eine gesellschaftsvertragliche Änderung ihre ungleichmäßige Behandlung zur Folge hat.

3. Aufnahme der Vertreterklausel in den Gesellschaftsvertrag als Wirksamkeitsvoraussetzung

Die Vertreterklausel bedarf zu ihrer Wirksamkeit auch bei der KG der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag ⁴⁾. Die Vertreterklausel in einer letztwilligen Verfügung entfaltet den übrigen Gesellschaftern gegenüber keine Wirkung, solange diese nicht der Vertretung im Gesellschaftsvertrag zustimmen.

4. Die sich aus der Vertreterklausel ergebenden Rechtsbeziehungen

a) Erben untereinander

Auch mehrere Kommanditistenerben bilden untereinander eine BGB-Gesellschaft im Hinblick auf den Vertreter. Denn nach heute herrschender Meinung kann eine Miterbengemeinschaft auch nicht Kommanditist einer KG werden ⁵⁾. Dem ist zuzustimmen. Denn wie bei der OHG, so scheitert die Mitgliedschaft einer Miterbengemeinschaft als Kommanditist in einer OHG in erster Linie an dem Haftungsproblem. Zwar ist die Haftung des Kommanditisten grundsätzlich auf seine Einlage beschränkt. Wenn diese aber noch nicht voll geleistet ist oder aus irgendeinem Grund zurückgewährt wird, haftet auch der Kommanditist mit seinem ganzen Vermögen persönlich (wenn auch nur bis zur Höhe der Einlage), was wegen der erbrechtlichen Haftungsvorschriften bei der Mitgliedschaft einer Miterbengemeinschaft nicht möglich wäre.

⁴⁾ Einzelheiten dazu oben S. 41

⁵⁾ RG DR 1943, 1228; Schlegelberger-Gessler § 177 Anm. 6; Weipert § 177 Anm. 16; Hueck Ges. Recht 95

b) Erben zum Vertreter

Wer zum Vertreter bestellt werden kann, wie der Vertreter bestellt wird, wie weit er Weisungen unterworfen ist und wann er abberufen werden kann, dafür gilt deshalb für die Kommanditisten das zur OHG Gesagte entsprechend.

c) Vertreter zur KG

Auch für die Haftung des Vertreters gegenüber der Gesellschaft sowie die Haftung der Erben gegenüber den Mitgesellschaftern gilt das zur OHG Gesagte entsprechend. Denn der Rechten- und Pflichtenkreis des Kommanditisten gegenüber der KG ist, abgesehen von der fehlenden Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht und der geringeren Haftung, nicht geringer als der eines OHG-Gesellschafters.

d) KG zu den Erben

Daher können die Mitgesellschafter auch von den Kommanditisten bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Abberufung des Vertreters aufgrund der Treuepflicht der Erben-Kommanditisten von diesen verlangen.

§ 4 Zusammenfassung und Ergebnis

Bedingt durch Steuergesetzgebung und technische Entwicklung haben die Personenhandelsgesellschaften heute zum Teil erhebliche Ausmaße angenommen. Das hat dazu geführt, daß beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft im allgemeinen im Sinne von § 139 mit den Erben fortgesetzt wird.

Eine solche Fortsetzung kann den Nachteil haben, daß durch eine große Erbenzahl oder mangelnde kaufmännische Begabung der Erben die fachmännische und bewegliche Verwaltung der Gesellschaft gefährdet ist. Eine gute Verwaltung liegt aber im Interesse aller am Betrieb der Gesellschaft Beteiligten. Deshalb vereinbaren die Personenhandelsgesellschafter, da andere Lösungen ungünstig sind, heute nicht selten zusätzlich zur Erbfolgeklausel des § 139 folgendes:

Die Erben müssen sich bei der Ausübung ihrer aus der ererbten Mitgliedschaft in der Gesellschaft entspringenden Rechte vertreten lassen (Vertreterklausel).

Diese Klausel ist sowohl in Gesellschaftsverträgen der OHG als auch der KG zulässig, da sie weder gegen die die Vertragsfreiheit der Gesellschafter untereinander beschränkenden Normen des HGB verstößt noch die durch § 138 BGB gezogenen Grenzen überschreitet.

Der das Innenverhältnis der Gesellschaft beherrschende Treuegedanke führt jedoch dazu, daß stimmberechtigte Erben (OHG-Gesellschafter sowie Kommanditisten) durch die Vertreterklausel dann nicht von der persönlichen Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen sind, wenn durch Gesellschafterbeschluß eine unzumutbare Benachteiligung (z. B. Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes) herbeigeführt würde.

Für den OHG-Gesellschaftererben folgt aus der Vertreterklausel nicht ohne weiteres, daß er von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sein soll.

Während die Geschäftsführungsbefugnis ohne weiteres von einem Bevollmächtigten der Erben wahrgenommen werden kann, führt die Vertreterklausel im Hinblick auf die organschaftliche Vertretungsmacht dazu, daß die Gesellschaftererben im Innenverhältnis ihren Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet sind, zur Ausübung der organschaftlichen Vertretungsmacht einen Vertreter zu bevollmächtigen. Nach außen bedeutet das jedoch lediglich, daß zwar Geschäfte, die der Vertreter im Namen der Gesellschaft mit Dritten abschließt, bei wirksamer Vollmacht gem. § 164 BGB für alle Gesellschafter bindend werden, wegen § 126 HGB werden aber auch solche Erklärungen für die Gesellschaft bindend, die der Erbe, der nach außen im Besitz seiner Einzelvertretungsmacht bleibt, vertragswidrig im Namen der Gesellschaft abgibt.

Die Vertreterklausel muß in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Das ist unbedingte Wirksamkeitsvoraussetzung. Durch letztwillige Verfügung können nur gewisse die Vertretung betreffende Modalitäten festgesetzt werden.

Dasselbe gilt für einen Vertrag der Erben untereinander.

Bei Erbenmehrheit bilden die Erben untereinander im Hinblick auf den Vertreter eine Art Gesellschaftsverhältnis nach den Regeln der BGB-Gesellschaft.

Wer zum Vertreter gewählt werden kann, richtet sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Enthält dieser keine Bestimmungen, kann jeder, auch jeder Nichtgesellschafter, zum Vertreter der Erben bestellt werden.

Enthält der Gesellschaftsvertrag über die Bestellung des Vertreters keine Bestimmungen, erfordert die Wahl des Vertreters bei Erbenmehrheit grundsätzlich einen einstimmigen Beschluß der Erben.

Der Vertreter kann nur im Verhältnis zu den Miterben an Weisungen gebunden werden. Im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern ist, sofern der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Bestimmungen enthält, seine Vollmacht im Rahmen des rechtlich Zulässigen unbeschränkt.

Grundsätzlich können die Erben die Vollmacht des Vertreters frei widerrufen. Der Gesellschaftsvertrag, der Vertrag unter den Erben, der Vertrag zwischen Erben und Vertreter und im gewissen Umfang auch letztwillige Verfügungen können etwas anderes bestimmen. Niemals kann jedoch das Recht der Erben auf Abberufung des Vertreters aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden.

Der Vertreter ist Dritter im Verhältnis zur Gesellschaft. Er haftet deshalb den übrigen Gesellschaftern nicht aus Vertrag, es sei denn, er ist selbst Gesellschafter. In einem solchen Fall erstreckt sich seine Treuepflicht auch auf seine Vertretertätigkeit.

Die Gesellschaft hat gegenüber den Erben keinen unmittelbaren Rechtsanspruch auf Bestellung des Vertreters.

Die Erben haften den übrigen Gesellschaftern gegenüber für Verschulden des Vertreters gem. § 278 BGB im Rahmen des § 708 BGB.

Liegt ein wichtiger Grund vor, können die Mitgesellschafter von den Erben aufgrund der Treuepflicht die Abberufung des Vertreters verlangen.

Lebenslauf

Am 23.11.1935 wurde ich als Sohn des Dr. jur. und Generaldirektors Ernst-Hellmut Vits und seiner Frau Eleonore geb. Müller in Berlin geboren. Ich bin deutscher Staatsbürger. Nach dem Besuch der Volksschulen in Eschenlohe bei Murnau in Oberbayern und Schwelm in Westfalen wurde ich Ende 1945 Schüler des Math.-naturw. Gymnasiums in Schwelm i. W. . An dieser Schule legte ich am 26. 2. 1954 die Reifeprüfung ab.

Ab 1. 5. 1954 machte ich eine kaufmännische Lehre bei der Firma J. P. Bemberg AG in Wuppertal und (6 Monate) bei der British Enka Ltd. in Liverpool (England). Die Lehre beendete ich am 30. 4. 1957 mit der Kaufmannsgehilfenprüfung.

Vorher, im Wintersemester 1955/56 hatte ich bereits mit dem Studium der Rechte an der Universität München begonnen. Nach 5 Fachsemestern in München setzte ich mein Studium im Sommersemester 1958 an der Universität Münster i. W. fort. Mein Studium der Rechte in Münster beendete ich am 24. 10. 1960 mit der 1. juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht in Hamm i. W.

